Die Wiederaufnahme im Strafverfahren

unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des iudex a quo

Von

Dr. iur. Carl Stückle

Referendar in Eßlingen a. N.

Druck der Ulmer Zeitung A.-G., Ulm an der Donau

Die Wiederaufnahme im Strafverfahren

unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des iudex a quo

Von
Dr. iur. Carl Stückle
Referendar in Eßlingen a. N.

Druck der Ulmer Zeitung A.-G., Ulm an der Donau

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät

der
Württembergischen Eberhard Karls-Universität
zu Tübingen

Dekan: Professor Dr. A. B. SCHMIDT
Referent: Professor Dr. SCHOETENSACK
Tag der mündlichen Prüfung: 8. März 1929

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

INHALTS-VERZEICHNIS

I. TEIL.

Allgemeines.

§ 1. Der Widerstreit zwichen dem Prinzip der Rechtskraft und dem Prinzip der materiellen Wahrheit 7
§ 2. Die Probleme der Konsumtion, der Identität und der Nichtigkeit . 11
§ 3. Die geschichtliche Entwicklung der Wiederaufnahme 20
§ 4. Allgemeine Betrachtungen über die Wiederaufnahme
Gründe gegen die Wiederaufnahme im allgemeinen
Gründe gegen die Wiederaufnahme zum Nachteil des Angeklagten 25
§ 5. Wesen und Zweck der Wiederaufnahme 35
§ 6. Die rechtliche Natur der Wiederaufnahme 37
§ 7. Abgrenzungen 46

II. TEIL.

Vergleichende Darstellung des Wiederaufnahmeverfahrens nach geltendem Recht und nach den Reformvorschlägen.

I. Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 8. Die Wiederaufnahmegründe 52
§ 9. Die sonstigen Vorbedingungen des Wiederaufnahmeantrags
Der Einfluss des Wiederaufnahmeantrags auf die Strafvollstreckung. 68

II. Abschnitt.

Das Verfahren.

§ 10. Das regelmässige Verfahren 74
§ 11. Das vereinfachte Verfahren 88

III. Abschnitt.

§ 12. Die Wirkungen der Freisprechung im wiederaufgenommenen Verfahren 94

III. TEIL.

Die Stellung des iudex a quo.

§ 13. Das zuständige Gericht 100
§ 14. Gründe für den iudex a quo 103
§ 15. Gründe gegen den iudex a quo 106

LEBENSLAUF

Ich, Carl Stückle, bin geboren am 28. 3. 1902 in Eßlingen a. N. als Sohn des Fabrikanten Carl Stückle und seiner Ehefrau Mina, geborene Rößle. Ich bin evangelischer Konfession und besuchte vom Herbst 1908 bis Sommer 1920 die Elementarschule und das Gymnasium in Eßlingen, wo ich im Sommer 1920 die Reifeprüfung ablegte. Im Anschluß daran absolvierte ich eine zweijährige kaufmännische Lehre und bezog im Herbst 1922 die Universität Tübingen, um mich dort dem Studium der Rechtswissenschaften zu widmen. Im Sommersemester 1924 und im Wintersemester 1924/25 studierte ich in München. Im Herbst 1926 legte ich in Tübingen die erste höhere Justizdienstprüfung ab; zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

I. TEIL.

Allgemeines.

§ 1.

Der Widerstreit zwischen dem Prinzip der Rechtskraft und dem Prinzip der materiellen Wahrheit.

I. Zwei Hauptaufgaben hat jeder Prozeß zu erfüllen: er soll Klarheit über unsichere Rechtsverhältnisse, er soll entgültiges Recht schaffen, er soll aber auch der gerechten Sache, der Wahrheit zum Siege verhelfen. Im Zivilprozeß mit seiner Dispositionsmaxime überwiegt das Prinzip der Rechtssicherheit und der Rechtsbeständigkeit, mit einem Wort, das Prinzip der Rechtskraft. Im Strafprozeß mit seiner Untersuchungsmaxime ist es dem Staat als Hüter der Gesetze vor allem darum zu tun, den historischen Verbrechens-Tatbestand zu ermitteln, woran sich dann die im Gesetz bestimmte Strafe knüpft; hier überwiegt das Prinzip der materiellen Wahrheit.

Im römischen Recht[1] gilt die res iudicata für unumstößlich; der Grundsatz ne bis in idem, der das Erlöschen der Strafklage durch Verbrauch zum Ausdruck bringt, hatte zur Folge die exceptio rei iuducatae, falls trotz rechtskräftiger Aburteilung jemand eine Sache von neuem zur gerichtlichen Entscheidung bringen wollte und die exceptio rei in iudicium deductae, falls jemand eine bereits anhängige Sache nochmals bei einer andern Stelle anhängig machen wollte. Einen unschuldig Verurteilten verwies man auf die Gnade des Kaisers und diese Auffassung hielt sich, bis endlich Arnold und Walther[2] um die Mitte des 19. Jahrhunderts darauf aufmerksam machten, daß der Verurteilte die Abänderung des Urteils nicht als Gnade zu erflehen, sondern als Recht zu fordern habe.

Der Inquisitionsprozeß mit seinem einseitigen Streben nach materieller Wahrheit führte fast zur Beseitigung der Rechts-

---

[1] Rosenblatt Z 23, S. 580 ff., Geyer 1880 S. 836 ff., Ullmann 1881/83 S. 626/28, Mittermaier 1846 S. 633, Glaser 1885 S. 203 ff.

[2] Arnold 1851 S. 47, Walther 1853 II. Abt. S. 121.

kraft. was eine unerträgliche Rechtsunsicherheit, die Gefahr immer neuer Verfolgungen für den Freigesprochenen zur Folge hatte.[3] Mit dem Eindringen des französischen Strafprozesses mit seinem Akkusationsverfahren, dem sich die neuere deutsche Partikulargesetzgebung seit dem Jahre 1848 mehr oder weniger anschließt, kehrt man wieder zum Rechtskraftsprinzip zurück. Aber wie schon im Code d'Insrtuction Criminelle von 1808 das Prinzip der materiellen Wahrheit durch eine allerdings beschränkte Zulassung[4] der Wiederaufnahme Anerkennung gefunden hat, so findet die Wiederaufnahme auch Eingang in die Partikulargesetze. Neue Wiederaufnahmegründe werden aufgenommen, das Wiederaufnahmeverfahren wird weiter ausgebaut, wobei die außerordentliche Rechtszersplitterung für die Rechtsentwicklung sich nachteilig bemerkbar macht. Die Jahre 1866 und 1871 sind von entscheidender Bedeutung für die Schaffung eines einheitlichen deutschen Reiches. Die St. P. O. von 1877, aufgebaut auf den Erfahrungen der Partikulargesetze, zieht die Konsequenz aus der politschen Einigung und beschert uns im Zusammenhang mit der übrigen Prozeßgesetzgebung des deutschen Reiches ein einheitliches deutsches Prozeßrecht.

Treffend charakterisiert Remeis[5] die Wiederaufnahme als ein im Rechtsstaat notwendiges Institut. Bei ihr hat man zwischen zwei Uebeln zu wählen;[6] das kleinere scheint dasjenige zu sein, bei welchem das Prinzip der Gerechtigkeit am wenigsten gefährdet ist. Daher müssen alle formellen Zwecke zurücktreten vor der Notwendigkeit, verhängtes Unrecht abzustellen. Die St. P. O. von 1877 stellt sich auf denselben Standpunkt; sie hält prinzipiell an der Rechtskraft fest, kommt aber durch Ausgestaltung des Wiederaufnahmeverfahrens den Forderungen der materiellen Wahrheit weitgehend entgegen.

Diese Regelung hat allgemeinen Anklang gefunden.[7] Nicht mehr als unversöhnliche Gegesätze stehen sich die beiden

---

[3] Ullmann 1893 S. 627, Geyer 1880 S. 836 ff., Mittermaier 1846 S. 632/37, Schoetensack, G.S. 75, S. 234.

[4] Schwarze 1841 S. 554 ff.

[5] Remeis 1864 S. 60, 70, 72, 73.

[6] So auch Schanze, Die Rechtskraft des Strafurteils, Z. Bd. 4 1884. S. 451.

[7] Zachariae 1868 2. Bd. S. 653 ff., v. Kries 1892 S. 701 ff., Ullmann 1893 S. 628 ff., Mittermaier 1846 S. 633 ff.

Prinzipien gegenüber. Die Härten des Rechtskraftsprinzips werden gemildert durch das Bestreben, der materiellen Wahrheit so weit als möglich zum Durchbruch zu verhelfen. Auch künftige Reformen werden an diesem Ausgleich wenig ändern und wenn, wie Rosenblatt[8] bemerkt, der E 1908 wieder eine Stärkung des Rechtskraftsprinzips bedeutet, so handelt es sich dabei nicht mehr um die prinzipielle Frage, ob Rechtskraft, ob materielle Wahrheit gelten soll, sondern nur um eine Abgrenzungsfrage, um die Frage, wie die beiden an sich widerstreitenden Prinzipien am besten miteinander in Einklang gebracht werden. Wenn man die Frage des Widerstreits zwischen dem Prinzip der Rechtskraft und dem Prinzip der materiellen Wahrheit unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, wird man gegen die Forderung Rosenfelds[9] nichts einzuwenden haben, der sich neuerdings für eine Erweiterung des Wiederaufnahmeverfahrens unter Einschränkung der Rechtskraft einsetzt, die er als einen Feind der materiellen Gerechtigkeit bezeichnet.

II. Was hat nun das Rechtskraftsprinzip zu bedeuten? Man redet von formeller Rechtskraft und versteht darunter die Unanfechtbarkeit für den gegenwärtigen Prozeß. Man redet von materieller Rechtskraft und versteht darunter die Wirkung des Urteils über denselben Tatbestand für alle künftigen Prozesse.

Recht verschieden ist die rechtliche Beurteilung der Rechtskraft, wie sie in den verschiedenen Theorien ihren Ausdruck findet. Da stützt sich die Fiktionstheorie Savygnis auf den Satz „res iudicata pro veritate accipitur", wonach jedes Urteil die Vermutung absoluter Richtigkeit für sich habe. Berner's Billigkeitstheorie sieht in der Nichtanerkennung der Rechtskraft eine große Unbilligkeit gegen die Freigesprochenen. Im Zivilprozeß herrscht die materiellrechtliche Auffassung vor, wonach das Urteil die darin bejahte Rechtsfolge, den Anspruch erzeugt, die darin verneinte Rechtsfolge vernichtet. Der modernen Rechtsauffassung am nächsten kommt wohl die öffentlichrechtliche Theorie, wonach die bindende Kraft dem Urteil als Staatsakt zukommt. Von gleicher Bedeutung ist die Theorie der Rechtssicherheit mit ihrer rechtspolitischen Begründung, daß

[8] Rosenblatt Z. 29 S. 485.

[9] Rosenfeld, Jurist. Schulungswoche für Referendare in Köln vom 12.—14. 7. 28. Referendar, Jahrgang 2 von 1928 S. 100.

aller Streit einmal ein Ende haben muß, selbst auf die Gefahr hin, daß einmal materielles Unrecht sanktioniert wird.[10]

III. Was hat das Prinzip der materiellen Wahrheit zu bedeuten? Soll nicht jeder Prozeß, gleichgültig ob Zivil- oder Strafprozeß, mit einer der wahren Sachlage entsprechenden Entscheidung enden? Hier ist allerdings zwischen Zivil- und Strafprozeß insofern ein Unterschied festzustellen,[11] als beim ersteren die Beteiligten bestimmenden Einfluß auf die Verknüpfung der Rechtsfolge mit dem Tatbestand haben, als nur das zur Urteilsgrundlage wird, was sie dazu machen wollen, während beim letzteren sich an den historischen Tatbestand unbedingt die im Gesetz festgelegte Folge knüpft, also nur das von Bedeutung ist, was sich tatsächlich ereignet hat, nicht das, was die Parteien zum Gegenstand des Prozesses machen.[12] Deshalb redet man beim Zivilprozeß vom Prinzip der formalen Wahrheit, beim Strafprozeß aber vom Prinzip der materiellen Wahrheit.

IV. Mit Recht stellt Binding[13] fest, daß im Strafprozeß bei dem Konflikt zwischen dem Grundsatz der Rechtskraft und den Forderungen der materiellen Wahrheit nicht der rein formalistische Gedanke der Rechtskraft, der Grundsatz der Oekonomie definitiver Staatsakte, ausschlaggebend sein darf.

Normalerweise muß zwar der Straffall im einmaligen Verfahren erledigt werden,[14] jedes rechtskräftige Urteil schließt aber stillschweigend die clausula rebus sic stantibus in sich. Wenn sich also eine wesentliche Erschütterung der im Urteil enthaltenen Feststellungen ergibt, muß eine neue Prüfung ermöglicht werden, muß das Prinzip der Rechtskraft sich eine Durchbrechung durch das Wiederaufnahmeverfahren gefallen lassen. Selbstverständlich darf nur aus ganz besonderen Gründen an dem Prinzip der Rechtskraft gerüttelt werden, weil ohne Rechtskraft ein gesundes Rechtsleben, Sicherheit im Rechtsverkehr und reibungsloses Funktionieren der gesamten Rechtspflege undenkbar ist.

---

[10] Barbarino S. 11—18, Stein-Junker S. 290—92.

[11] Schoetensack G.S. 75 (1910), S. 233, Gerland 1927 § 56 S. 168—70.

[12] Vergl. auch die Ausführungen Schanzes über den Zweck der Klage im Zivilprozess und der Strafklage. Z. Bd. 4, 1884, S. 446—447.

[13] Binding 1915, S. 337—44.

[14] Barbarino S. 79.

§ 2.

Die Probleme der Konsumtion, der Identität und der Nichtigkeit.

Mit dem Problem der Rechtskraft und der Wiederaufnahme stehen in engem Zusammenhang die Probleme der Konsumtion, der Identität und der Nichtigkeit.

I. Durch das Urteil wird die Strafklage nach allen denkbaren rechtlichen Gesichtspunkten erschöpft und verbraucht;[15] es ist nicht zulässig, eine neue Anklage wegen derselben Tat unter Hervorhebung einer andern rechtlichen Qualifikation derselben anzustellen; man redet vom Erlöschen der Strafklage durch Verbrauch, von der Konsumtion des Strafklagerechts durch einmalige Aburteilung der Tat. Diese negative Wirkung der Rechtskraft, das Verbot der wiederholten gleichzeitigen wie sukzessiven Durchführung eines Strafverfahrens über dieselbe Tat ist oft von größerer Bedeutung für den Strafprozeß wie die positiven Wirkungen z. B. der Vollstreckbarkeit und die zivilrechtlichen, prozessualen und öffentlichrechtlichen Wirkungen aller Art.

Die Rechtsordnung ist also bestrebt, reinen Tisch zu machen: prinzipiell soll einem Verbrechen eines Angeklagten e i n e Anklage und e i n Urteil entsprechen.[16] Dieses Erledigungsprinzip, das sich auf den Satz ne bis in idem stützt, wäre undurchführbar ohne die Befugnis des Gerichts zur Klagänderung gemäß §§ 264, 265 St. P. O. Das Gericht ist nämlich nicht an die dem Eröffnungsbeschluß zugrunde liegende Beurteilung der Tat gebunden; Gegenstand der Urteilsfällung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Es herrscht also der Grundsatz der allseitigen Kognition; die absolutio ab instantia des Inquisitonsprozesses,[17] wonach das Verfahren nur vorläufig eingestellt, der Angeklagte jederzeit von neuem in Untersuchung genommen werden kann, weil bei der ersten Untersuchung der Unschuldsbeweis nicht geführt, der Vorgang nicht restlos geklärt werden konnte, ist verschwunden.[18] Heute kann

[15] Geyer 1880 S. 836 ff., Glaser, Grünhut's Z. Bd. 12 S. 303

[16] Binding 1915 S. 340.

[17] Barbarino S. 75.

[18] Anders im schweizer. Recht, s. Schoetensack, G.S. 85, S. 357, Anm. 1.

das Urteil nur auf Freisprechung, Verurteilung oder definitive Einstellung des Verfahrens lauten, § 260 St. P. O.

Barbarino hat die Zusammenhänge zwischen Klagänderung, Klagkonsumtion und Rechtskraftsprinzip treffend beleuchtet, indem er ausführt: „Die Befugnis des Gerichts zur Anklagenänderung bildet die Grundlage für den Grundsatz der Klagenkonsumtion. In einem Prozeßverfahren, welches dem Richter die allseitige Prüfung und Erörterung der Sache nicht gestattet, kann also auch von einem Verbrauch der Strafklage keine Rede sein, denn die Zulässigkeit der Anklagenänderung und der Konsumtion des Strafklagerechts sind korrelate Grundsätze. Aus der Wechselbeziehung dieser beiden Grundsätze ergibt sich der Umfang der Regel ne bis in idem. Das Verbot der Erneuerung der Strafklage greift Platz, soweit die Befugnis des Gerichts zur allseitigen Prüfung der Sache reicht; die wiederholte Erhebung einer Anklage ist unzulässig, wenn der Richter bereits im ersten Verfahren in der Lage war, den in der neuen Anklage geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkt zu berücksichtigen.[19]

Das ganze Verfahren mit den Prinzipien der Klagänderung, der Klagkonsumtion und der Rechtskraft ist also möglichst auf einmalige gerichtliche Aburteilung einer strafbaren Handlung eingestellt. Der Gesetzgeber gibt dadurch zu erkennen, daß er durch die verschiedenen Grundsätze, eine Sache erschöpfend zu behandeln, nur das eine Ziel im Auge hat: der Prozeß soll mit dem rechtskräftigen Urteil seinen endgültigen Abschluß finden. Wenn er dann trotzdem den Grundsatz der Rechtskraft durchbricht und in besonderen Fällen die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens gestattet, so kann dies nur im Interesse der Ausgleichung unvermeidlicher Härten und Unbilligkeiten geschehen und muß stets als Ausnahmefall angesehen werden. [20]

II. Der Grundsatz der Konsumtion führt hinüber zum Grundsatz der Identität: der altrömische Satz „de eadem re ne bis sit actio" darf auch in unserem Reichsstrafprozeß unbedingte Geltung beanspruchen,[21] obwohl er nicht ausdrücklich im Gesetze aufgenommen ist. Was für einen Zweck hat nun die

[19] Barbarino S. 100.
[20] Barbarino S. 79.
[21] Barbarino S. 80.

Frage nach der Identität? Es ist in jedem Falle und zwar von Amts wegen zu prüfen, ob der Gegenstand eines bereits rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nicht etwa identisch ist mit dem Gegenstand des neuen Prozesses, ob also die Strafklage verbraucht ist oder ob ein neues Strafverfahren eingeleitet werden darf.

Die Rechtswissenschaft und die Rechtssprechung hat sich eingehend mit dem Problem befaßt.[22] Bis heute ist es aber noch nicht gelungen, allgemeine Vorschriften über die Bestimmung der Kennzeichen der Identität zu geben; die Identität läßt sich nur im kongreten Fall durch den Richter feststellen. Gewisse Richtlinien hat allerdings das R. G. Bd. 8 S. 139 gegeben,[23] indem es bestimmt, wann Identität anzunehmen ist und wann sie zu verneinen ist. Die einzelnen Gruppen des näheren anzugeben, würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen. Max Berner hat versucht,[24] die inneren Gründe der Identität aufzudecken, indem er einen rechtsphilosophischen Maßstab anlegte und eine Tat dann einheitlich nannte, wenn Einheitlichkeit der Absicht vorliegt; die objektiven Merkmale der Tat sind seiner Auffassung nach nur wichtige Anhaltspunkte, um auf die Willenseinheit Schlüsse zu ziehen, sie bilden ein wesentliches Hilfsmittel zur Bestimmung des innerlichen Maßstabes.

Aber auch dieser Theorie kann kein Erfolg beschieden sein, weil die Feststellung, ob Einheit des Willensaktes vorliegt, an der zu großen Unbestimmtheit dieses Begriffes scheitert. Deshalb wird man Barbarino [25] recht geben müssen, wenn er sagt, daß die Auffindung einer allgemeinen, nie versagenden Regel zur Bestimmung der Identität der Tat ein ungelöstes Problem bleiben wird.

Das Unbefriedigende an der gegenwärtigen Regelung macht sich besonders bemerkbar bei der Behandlung der Kollektivdelikte und der fortgesetzten Delikte. Hier hat Binding,[26] interessante Untersuchungen angestellt und mit Recht eine Lokkerung des Verbots der Erneuerung der Strafklage gefordert.

---

[22] Zur Identitätsfrage siehe auch Schanze Z. Bd. 4, 1884, S. 471—479.

[23] Barbarino S. 101.

[24] Barbarino S. 107 ff.

[25] Barbarino S. 115.

[26] Binding 1915, S. 337—344.

Denken wir nur an den Fall des Wilderers, der wegen eines Falles einfacher Wilderei verurteilt worden war, während sich später herausstellte, daß er seit Jahren das Wildern gewerbsmäßig betrieben hat. Die Anklage aus dem einen Fall ist verbraucht; diesen einen Fall aus der ganzen Reihe der gewerbsmäßig begangenen Wildereien herauszulassen, erscheint mißlich, ihn heranzuziehen bedeutet Verletzung des Prinzips der Rechtskraft. Mit Recht fragt Binding, warum hier nicht wegen gewerbsmäßiger Wilderei einschließlich des abgeurteilten Falles angeklagt werden könne, wobei nur die Strafe des einen Falls von der neu ausgeworfenen Strafe in Abzug zu bringen wäre. Aehnlich gelagert ist der Fall des Betrügers, der wegen fortgesetzten Betrugs verurteilt worden war. Werden nach der Aburteilung neue, vor der Verurteilung begangene Einzelakte bekannt, soll dann die Strafklage für alle diese Fälle bereits verbraucht sein? Ist es nicht sinnlos und der materiellen Gerechtigkeit schwer abträglich, daß die Verurteilung wegen eines Teildeliktes der Verurteilung wegen des ganzen Deliktes hindernd im Wege stehen soll?

Hier empfiehlt Binding eine Nachklage oder Ergänzungsklage. Nach seinen eigenen Worten handelt es sich bei der Nachklage um Erhebung des unkonsumierten Restes einer im übrigen konsumierten Klage. Der Verbrecher soll auch noch für solche Einzelakte zur Verantwortung gezogen werden, die erst nachträglich bekannt geworden sind, ohne daß damit dem Satz ne bis in idem Abbruch getan wird. Die Rechtswissenschaft hat zu diesen Vorschlägen noch keine Stellung genommen. Die Hauptfrage scheint dabei die zu sein, ob das Rechtskraftsprinzip durch die herrschende Lehre überspannt worden ist, ob eine Abschwächung, eine Lockerung des Verbots der Erneuerung der Strafklage überhaupt am Platze ist. Ob man dann das neue Hilfsmittel Nachklage, Ergänzung der alten Klage nennen will, oder ob man anerkennen will, daß das Verbot der Erneuerung der Strafklage für diese Fälle eine Durchbrechung erleiden muß, ob man gar von der Zulassung einer neuen Strafklage reden will, ist letzten Endes eine Frage der Terminologie.

III. Ein weiteres Problem, das im Rahmen dieser Arbeit wenigstens gestreift werden muß, tritt uns entgegen in der Frage, ob alle Strafurteile rechtskräftig werden können, oder

ob es auch absolut nichtige Strafurteile gibt. Nehmen wir an, es gibt nichtige Strafurteile, dann ist die Strafklage durch solch ein nichtiges Urteil nicht verbraucht. Dabei ist strittig, ob entweder das Urteil überhaupt nicht beachtlich ist, ob jederzeit ohne weiteres eine neue Strafklage möglich ist oder ob das Urteil zunächst bestehen bleibt, aber durch Anrufen des Gerichts, durch eine Art Anfechtungshandlung, jederzeit seiner Rechtswirkung entkleidet werden kann. Daß die Möglichkeit absoluter Nichtigkeit zu Folgerungen von außerordentlicher Tragweite führt, liegt auf der Hand. So ist denn auch ein heißer Kampf für und gegen die Lehre von der Nichtigkeit entbrannt. Die Anhänger der Rechtskraft sehen durch die Nichtigkeitslehre die Autorität der Rechtspflege untergraben, die Rechtssicherheit vernichtet, die Entscheidung wichtigster Fragen dem willkürlichen Ermessen untergeordneter Organe preisgegeben,[27] die Vertreter der Urteilsnichtigkeit befürchten gröblichste Kompetenzanmaßungen der niedereren Gerichte, ungeheuerliche Rechtsbrüche, Vollstreckung unzulässiger Strafen und Strafarten.

Zunächst mag die historische Entwicklung der Nichtigkeitslehre gestreift werden.[28] Das römische Recht kennt eine exceptio nullitatis gegen das Urteil eines Gerichts, das die ihm gezogenen Grenzen überschritten hat. Der I. R. A. von 1654 befaßt sich mit der Nichtigkeitsfrage und bestimmt für Geltendmachung heilbarer Nichtigkeit eine Frist von 10 Tagen; bezüglich der unheilbaren Nichtigkeitsgründe wird wörtlich angeordnet: „Bei denjenigen Nullitäten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Partei, oder aus dem substantialibus des Prozessus nach sich führen, verbleibt es bei der Disposititon der gemeinen Rechten," d. h. die wesentlichsten Formverstöße können noch binnen der Verjährungsfrist von 30 Jahren geltend gemacht werden.

In den Prozeßordnungen des 19. Jahrhunderts ist viel von Nichtigkeit und Nichtigkeitsbeschwerde die Rede. Die österreichische St. P. O. von 1873 kennt eine ordentliche Nichtigkeitsbeschwerde (§ 281 und § 344 St. P. O.), die sich deckt mit der Revision des deutschen Strafprozeßrechtes; diese Nichtig-

[27] Kriegsmann 1907 S. 457.

[28] Löffler in Grünhut's Zeitschrift Band 31, S. 495—564, dazu Schoetensack, G.S. Bd. 68, S. 464—471, auch Bd. 86, S. 331. Kroschel in G.S. 69, S. 139ff.

keitsbeschwerde hat mit der eigentlichen Nichtigkeitslehre nichts zu tun, sie ist kein Mittel gegen die Nichtigkeit im obengenannten Sinn, sie richtet sich nur gegen Revisionsgründe, gegen heilbare Nichtigkeitsgründe und hat mit der Rechtskraft des Urteils ausgespielt. Daneben aber kennt das österreichische Recht die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (§ 292 St. P. O.) als wertvolle Ergänzung seines Rechtsmittelssystems und als brauchbare Waffe besonders auch gegen Fälle unheilbarer Urteilsnichtigkeit. Ein vortreffliches Mittel zur Feststellung unheilbarer Urteilsnichtigkeit ist auch die Aufsichtsbeschwerde des österr. Rechts, ein außerordentliches Rechtsmittel, das Abhilfe gewähren soll in den Fällen, wo die ordentlichen Rechtsmittel versagen, bei groben Ordnungswidrigkeiten, welche das öffentliche Interesse an der Wahrung der Form berühren, also gerade bei den prozessualen Mißgeburten, wie Löffler die Fälle unheilbarer Nichtigkeit nennt.[29]

Die deutsche St. P. O. von 1877 ist an dem Problem der Urteilsnichtigkeit vorbeigegangen. Das Schweigen des Gesetzgebers hat zu der Frage Anlaß gegeben, ob die Möglichkeit der Urteilsnichtigkeit überhaupt geleugnet werden soll, oder ob die deutsche St. P. O. die Frage nur ungeregelt lassen will.

Binding[30] vor allem hat die Lehre von der Urteilsnichtigkeit wieder in Fluß gebracht, nachdem vor ihm schon Oetker[31] zu dem Problem Stellung genommen hatte. Mit einer Reihe von Theorien suchte man die Nichtigkeitslehre zu begründen; es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, des näheren darauf einzugehen. Auch an Gegnern der Nichtigkeitslehre hat es nicht gefehlt, so daß eine stattliche Literatur darüber entsanden ist (vergl. Ewald S. 35—40). Noch heute ist die Nichtigkeitslehre mit ihren verschiedenen Unterfragen eine der bestrittensten Materien der Prozeßrechtswissenschaft.

Unlösbare Schwierigkeiten brachte z. B. die Frage, was nun eigentlich als Nichtigkeitsgrund gelten soll; dabei gingen die Ansichten selbst unter den Anhängern der Nichtigkeitslehre

[29] Löffler S. 435 ff.

[30] Binding 1904 § 120 S. 244—246.

[31] Oetker konkursrechtliche Grundbegriffe 1891 Bd. 1 S. 47 und im deutschen Wochenblatt Bd. 9 S. 87 ff. vom 20. 2. 1896.

außerordentlich weit auseinander, sodaß auf Grund der bis jetzt angestellten Untersuchungen eine Einigung über die Bestimmung auch nur der wichtigeren Nichtigkeitsgründe als unmöglich erscheint. Auch heute noch ist eine Aufzählung und Abgrenzung von heilbaren und unheilbaren Nichtigkeitsgründen genau so unmöglich wie z. Zt. des J. R. A. Ebenso schwierig ist es, eine scharfe Grenze zu ziehen zwischen Nichturteilen und absolut nichtigen Urteilen, eine Unterscheidung, die an sich begrifflich durchführbar, aber überflüssig und daher entbehrlich ist.[32]

Einen eindrucksvollen Niederschlag hat die ganze Nichtigkeitslehre bei Kriegsmann[33] gefunden. Kriegsmann, der mit dem R. G.[34] zu den Gegnern der Nichtigkeitslehre zu zählen ist, kommt zu dem Resultat, daß man sich nur in der einen Richtung einig ist, daß ein praktisches Bedürfnis besteht, gewisse Verletzungen des materiellen oder prozessualen Rechts als unheilbar zu betrachten.

Die kommende Strafprozeßreform wird also nicht wieder stillschweigend am Nichtigkeitsproblem vorbeigehen können. Die bisherige Regelung, das wird allgemein anerkannt, ist ungenügend und erfordert eine gründliche Umgestaltung. Die Lösung aller Schwierigkeiten, die sich aus einem nichtigen Urteil ergeben können, mit dem § 458 St. P. O. muß als ein Notbehelf angesehen werden und steht in keinem Verhältnis zu der Wichtigkeit des ganzen Problems. Auch der § 345 St. G. B., der Schutz gegen unzulässige Strafvollstreckung gewährt, ist nicht geeignet, einem Verurteilten durchschlagende Hilfe zu bringen, weil auch er zu sehr subsidiärer Natur ist. Er schützt zwar den auf Grund eines nichtigen Urteils Verurteilten unter Umständen vor der Strafvollstreckung, bietet aber selbst keine Handhabe zur Beseitigung des Urteils, sodaß der Hauptzweck nicht erfüllt wird.

In erster Linie sind bei der Neugestaltung die Einzelabhandlungen zu Rate zu ziehen, die vielfach in positiven Vorschlägen gipfeln. Zunächst einmal ist darauf zu achten, wie die geplanten Nichtigkeitsvorschriften am besten mit § 337 St. O. P. in

---

[32] Gerland S. 294 F.N. 129.

[33] Kriegsmann 1907.

[34] Vergl. aber R.G. 40, S. 273.

Einklang gebracht werden. Dort heißt es, daß jede Verletzung eines Gesetzes mit der Revision gerügt werden kann. § 337 St. P. O. ist ein Hauptargument gegen die Nichtigkeitslehre;[35] denn, wird ein Verstoss gegen irgend ein formelles oder materielles Gesetz — Fehler, die Nichtigkeit zur Folge haben, sind in der Regel Verstöße besonders schwerer Art — nicht gerügt, so gilt der Mangel als geheilt, das Urteil erwächst in Rechtskraft. Da gilt es also festzulegen, welche Mängel man für so schwerwiegend halten will, dass sie absolute Nichtigkeit zur Folge haben, also auch durch Versäumen der Revisionsmöglichkeit nicht geheilt werden können.

Dann wäre zu prüfen, ob nicht eine außerordentliche Nichtigkeitsbeschwerde, wie sie Oetker[36] empfiehlt, eingeführt werden soll, wobei unter dem Gesichtspunkt der Sparsamkeit allerdings nicht von einem R. G.-Senat von 21 Mitgliedern die Rede sein kann, immerhin im Interesse der Wichtigkeit derartiger Fälle eine Zentralisierung beim R.G. erwünscht wäre. Auch Binding macht einen ähnlichen Vorschlag; Mecklenburg hat übrigens mit Verodnung vom 24. 2. 1865 betr. die Nichtigkeiten in Kriminalsachen bei wesentlichen Mängeln hinsichtlich der Gerichtsperson und der Person des Angeschuldigten oder des gerichtlichen Verfahrens eine nichtbefristete, erst nach Rechtskraft des Urteils einlegbare, außerordentliche Nichtigkeitsbeschwerde an das Oberappellationsgericht gewährt. Auch die österr. St. P. O. hat mit der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes einen außerordentlichen Rechtsbehelf geschaffen, der gut funktioniert. Falls man es aber vermeiden will, einen neuen außerordentlichen Rechtsbehelf zu schaffen, bliebe nur die Ausgestaltung und Erweiterung bereits bestehender Institute, wie z. B. der Wiederaufnahme des Verfahrens, übrig. Da muß man aber Oetker[37] Recht geben, der feststellt, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens ein vorhandenes rechtskräftiges Urteil voraussetzt und mit einer neuen Entscheidung auf Grund einer veränderten Sachlage endigt, während die Nichtigkeit gerade vom Nichtvorhandensein eines Urteils ausgeht bezw. dieses Nichtvorhandensein feststellen

[35] Kroschel G.S. 69 S. 143.

[36] Oetker, Rechtsgang I, S. 12; Bl. für R. in Bayern Bd. 18, S. 161; Schoetensack G.S. 68, S. 471; auch G.S. 91, S. 472.

[37] Oekere, Rechtsgang Bd. I S. 12 ff.

soll, beide Institute also in einem gewissen inneren Widerspruch zueinander stehen.

Auch die Nichtigkeitsklage der Z. P. O. (§ 579) läßt sich, wie es von manchen Autoren gefordert wird,[38] nicht ohne weiteres auf den Strafprozeß übertragen, sonst wäre eine ähnliche Bestimmung sicherlich in die St. P. O. von 1877 aufgenommen worden. Schoetensack[39] nennt es mit Recht eine mangelhafte Technik des Gesetzes, die zwar auf die oft genug geleugnete, tatsächlich aber nicht zu bestreitende Unklarheit des Gesetzes über den Begriff der absoluten Urteilsnichtigkeit zurückzuführen sei, wenn die Möglichkeit der Geltendmachung absoluter Urteilsnichtigkeit sowohl durch Rechstmitteleinlegung als durch Nichtigkeitsklage offen gelassen werde, wobei zu beachten ist, daß die Gründe des § 579 Z. P. O. wörtlich mit den Revisionsgründen des § 551 Z. P. O. übereinstimmen. Eine Nachahmung dieser Regelung der Z. P. O., die ein ungutes Nebeneinander verschiedenartiger Rechtsbehelfe mit demselben Endziel bedeutet, auch in der St. P. O., ist also nicht empfehlenswert.

So bleibt nur noch die Ausgestaltung des Berichtigungsverfahrens übrig, das in der St. P. O. nicht ausgebaut worden ist. Harburger[40] bemängelt es mit Recht, daß die St. P. O. keine den §§ 319—321 Z. P. O. analoge Vorschriften über Berichtigung von Schreibfehlern, über die Tatbestandsberichtigungen bei Dunkelheiten und Widersprüchen und über Ergänzung bezüglich eines übergangenen Haupt- oder Nebenanspruchs kennt. Ohne gesetzliche Grundlage hat allerdings die Praxis im Strafprozeß eine Berichtigung von offensichtlichen Schreib- und Fassungsfehlern, auch eine Beseitigung von Unklarheiten und Widersprüchen gestattet. Eine Ergänzung bezüglich eines Anklagepunktes, die bisher nicht möglich war, wäre sehr empfehlenswert und würde eine Verringerung der vielen Revisionsfälle, also eine wesentliche Verbesserung der Rechtspflege zur Folge haben. So sieht u. a. auch Baligand[41] in dem noch auszubauenden Berichtigungsverfahren das wich-

---

[38] Kroschel G.S. 69, S. 137 ff., Mumm, Goldarchiv Bd. 47, S. 360.

[39] Schoetensack in Burckhardts Festschrift S. 288.

[40] Harburger G.S. 76 S. 121 ff.

[41] Baligand G.S. 72 S. 248.

tigste Hilfsmittel gegen nichtige Urteile und verneint mit Friedländer[42] die Notwendigkeit eines neuen außerordenlichen Rechtsmittels.

§ 3.

Die geschichtliche Entwicklung der Wiederaufnahme.

I. Daß das Wiederaufnahmeverfahren sich entwickelt hat aus dem Widerstreit zwischen den Prinzipien der Rechtskraft und der materiellen Wahrheit, haben wir aus dem § 1 ersehen. Zum Verständnis des Wesens und des Zweckes der Wiederaufnahme ist zunächst ein historischer Ueberblick von Nutzen.

Im römischen Recht kann man noch nicht von einer eigentlichen Wiederaufnahme reden. Und doch ließ sich auch hier das Rechtskraftsprinzip nicht streng durchführen; dem unschuldig Verurteilten wurde die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Grund eines kaiserlichen Gnadenaktes gewährt. Diese restitutio in integrum ex capite gratiae muß man als Vorläufer unserer Wiederaufnahme zu Gunsten eines Verurteilten betrachten.[43] Dabei ist es aber im römischen Recht und im gemeinen Recht geblieben; es war also nur die Wiederaufnahme zu Gunsten eines Verurteilten möglich. Die Wiederaufnahme zu Ungunsten eines durch rechtskräftiges Urteil Freigesprochenen, eines außer Verfolgung Gesetzten ist dem römischen und gemeinen Recht unbekannt geblieben.

Im Inquisitionsprozeß mit seiner Leugnung des Rechtskraftsprinzips war die weitere Verfolgung eines bereits Verurteilten, wie die abermalige Verfolgung eines Freigesprochenen ohne weiteres möglich, das Institut der Wiederaufnahme also überflüssig. Der moderne französiche und mit ihm der reformierte deutsche Prozeß mit seiner Rückkehr zum Rechtskraftsprinzip machte dann die weitere Ausbildung des Instituts der Wiederaufnahme möglich.

Arnold,[44] der erste Verfechter der Wiederaufnahme, gibt einen Ueberblick über das Wiederaufnahmeverfahren in den wichtigsten deutschen Prozeßgesetzgebungen zu Beginn des

---

[42] Friedländer G.S. 58 S. 379.

[43] Arnold 1851 S. 51.

[44] Arnold, G.S. Bd. 1, 3. Jahrg. von 1851, S. 46—70 u. Goltdammers Archiv von 1858 Bd. 6, S. 526—532.

19. Jahrhunderts. Demnach gestattet das österr. Strafgesetzbuch von 1803 zum ersten Mal die Wiederaufnahme nicht nur zum Vorteil, sondern auch zum Nachteil eines Angeschuldigten, desgleichen die preuß. Kriminalverordnung vom Jahre 1805.[45] Das bayr. Strafgesetzbuch von 1813 gestattet die Wiederaufnahme zum Vorteil eines Angeschuldigten, wenn er von der Instanz entlassen oder verurteilt worden war; interessant ist die Regelung der Wiederaufnahme zum Nachteil, welche gestattet wird, jedoch mit Beschränkungen, welche am stärksten sind, wenn der Angeschuldigte eine Unschuldserkenntnis für sich hatte, minder stark bei einfacher Lossprechung und noch weniger stark bei der Entlassung von der Instanz.

Das neuere französische Recht, das die Jury eingeführt hatte, welche keine Entscheidungsgründe zu geben hatte, und das diesem Gericht auch noch den Charakter der Infallibilität beigelegt hatte, mußte neue Wege einschlagen. Allmählich, aber nur für ganz spezielle Fälle, bildeten sich die drei Wiederaufnahmegründe heraus, die dann im C. J. C. von 1808 in den Artikeln 443, 444, 445 Gesetz geworden sind. Daß diese Gründe viel zu eng sind, hat Arnold und auch Schwarze[46] überzeugend dargetan. Das bayr. Strafgesetz von 1848 hat diese Gründe zwar wesentlich verbessert, konnte sich aber nicht zur Aufnahme weiterer Wiederaufnahmegründe entschließen.

Allmählich ist die Hauptfrage die, ob man die Wiederaufnahme des Verfahrens aus einem allgemeinen Gesichtspunkt zulassen will, oder ob man an der Aufzählung einzelner Wiederaufnahmegründe festhalten will. So unterscheidet Planck 2 Gruppen von Prozeßgesetzen, von denen die eine Gruppe sich mit der Aufzählung einzelner Wiederaufnahmegründe begnügt, die andere eine Wiederaufnahme auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel, also auf Grund eines allgemeinen Gesichtspunktes gestattet.[47] Arnold, der als Resultat seiner Untersuchungen bestimmte Richtlinien für das Wiederaufnahmeverfahren aufstellt, sieht von der Anführung von Einzelgründen ab und will die Wiederaufnahme prinzipiell wegen erheblicher

[45] Arnold S. 52.

[46] Schwarze, Archiv des Criminalrechts, neue Folge, Jahrgang 1851 S. 544—588.

[47] Planck 1859 S. 606—616.

neuer Tatumstände und Beweise gestatten. Die St. P. O. von 1877 stellt eine Kompromißlösung dar, indem zwar die einzelnen Wiederaufnahmegründe beibehalten werden, durch Aufnahme des § 359 Z. 5 aber auch eine Wiederaufnahme aus einem allgemeinen Gesichtspunkt anerkannt wird.

Wenn man von Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten redet, so denkt man in erster Linie an eine Wiederaufnahme, deren Resultat die Freisprechung des Verurteilten ist. Schwarze [48] hat mit Recht darauf hingewiesen, daß auch eine Wiederaufnahme mit dem Resultat einer milderen Bestrafung unentbehrlich sei, wenn z. B. jemand, wie sich nachträglich herausstellt, sich nicht eines Mordes, sondern nur eines Todschlages oder gar bloß einer fahrlässigen Tötung schuldig gemacht hatte. Das badische und das thüringische Prozeßrecht haben diesen Fall zuerst aufgenommen, der später in allen modernen Strafprozeßordnungen Eingang gefunden hat.

II. Die Wiederaufnahme zum Nachteil hat sich begreiflicherweise noch langsamer durchgesetzt. Mittermaier [49] stellt fest, daß im gemeinen Recht nur dem Verurteilten das Recht auf Wiederaufnahme zustand; um gegen den Losgesprochenen die Wiederaufnahme zu begründen, mußte eine besondere Anordnung des Obergerichts abgewartet werden. Der Ankläger war also noch nicht kraft Gesetzes zur Wiederaufnahme gegen einen Freigesprochenen verpflichtet, es war dem Ermessen des Obergerichts überlassen, ob es eine Wiederaufnahme zum Nachteil gestatten wollte. Arnold ist noch gegen jede Wiederaufnahme zum Nachteil des Angeschuldigten. Schwarze,[50] der im zweiten Teil seiner Abhandlung die Frage der Wiederaufnahme zum Nachteil besonders geprüft hat, bejaht aus verschiedenen Gründen, die des näheren in § 4 zu behandeln sein werden, die Notwendigkeit der Wiederaufnahme zum Nachteil, die allerdings gegenüber der Wiederaufnahme zum Vorteil wesentlich eingeschränkt werden muß. Ein Teil der neueren Gesetzgebungen hat die Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme zum Nachteil des Angeschuldigten bejaht, der andere Teil hat sie auch weiterhin verneint.[51] Die

[48] Schwarze Archiv des Criminalrechts von 1851 S. 569.

[49] Mittermaier 1846 Bd. II, S. 633.

[50] Schwarze 1851, S. 573 ff.

[51] Schwarze 1851, S. 585.

St. P. O. von 1877 hat dann endgültig auch die Wiederaufnahme zum Nachteil des Angeschuldigten gesetzlich anerkannt und zur Durchführung gebracht.

Auch bei der Wiederaufnahme zum Nachteil muß man 2 Unterarten auseinanderhalten, die Wiederaufnahme, die bei einem ungerechtfertigterweise Freigesprochenen überhaupt erst zur Bestrafung führen soll und die Wiederaufnahme, die bei einem bereits Verurteilten zu einer härteren Bestrafung führen soll. Die meisten Gesetze haben den Fall, wo es sich um Anwendung eines strengeren Gesetzes handelt, nicht ausdrücklich aufgenommen, aber auch nicht ausgeschlossen.[52] Die St. P. O. von 1877 hat jedenfalls im § 362 die Möglichkeit einer strengeren Bestrafung wenigstens für die Fälle der Z. 1—3 anerkannt, im Falle der Z. 4 aber ausdrücklich das Geständnis eines Freigesprochenen verlangt, sodaß heute ein wegen Totschlags Verurteilter, der nachher die Mordabsicht eingesteht, unbegreiflicherweise nicht nochmals zur Verantwortung gezogen werden kann.

III. Auch die Art und Weise des Verfahrens bei der Wiederaufnahme hat eine interessante Entwicklung durchgemacht. Nach französischem Recht war man der Auffassung, daß beim Wiederaufnahmeverfahren die Mitwirkung des obersten Gerichtshofes ganz und gar unentbehrlich sei.[53] Auch Arnold[54] stellt fest, daß zwar nur der oberste Gerichtshof zur Kassation des Urteils befugt sei, daß aber die Einreichung des Antrags sowie die Vernehmung des Staatsanwalts am zweckmäßigsten bei dem Gericht geschehe, bei dem die Aburteilung stattgefunden habe. Walther[55] geht dem Problem auf den Grund, indem er den Zweck der Wiederaufnahme einer eingehenden Prüfung unterzieht. Nach französischer Auffassung, die innerlich unhaltbar und längst widerlegt ist, ist der Zweck der Wiederaufnahme kein anderer, als die Fehler der Untergerichte zu korrigieren; nur da, wo ein Untergericht sich bei einer Entscheidung einen Fehler hat zu Schulden kommen lassen, ist eine Mitwirkung des Obergerichts angezeigt. Nur wo die Anfechtung eines Erkenntnisses einen Vorwurf gegen das Un-

---

[52] Schwarze S. 585.

[53] Walther 1853, Bd. II, S. 184.

[54] Arnold Gerichtssaal, Bd. 1 von 1851, S. 68.

[55] Walther 1853, Bd. II S. 184 ff.

tergericht enthält, kann die Entscheidung über die Anfechtung des Erkenntnisses nicht dem Untergericht (iudex a quo), sondern muß dem Obergerichte übertragen werden, weil in diesem Falle das Untergericht gleichsam iudex in propria causa wäre. Die Wiederaufnahme stützt sich aber in Wirklichkeit auf ein novum, auf ein dem iudex a quo zur Zeit der Entscheidung Unbekanntes.[56] Der Antrag auf Wiederaufnahme enthält also keinen Vorwurf, er bezweckt eine neue Verhandlung auf Grund einer neuen Sachlage. Deshalb ist der iudex a quo nach Walthers Auffassung zur Durchführung des neuen Verfahrens wohl geeignet, eine Mitwirkung des Obergerichts also nicht notwendig, außer für die Fälle der Pflichtverletzung eines mitwirkenden Richters, wo es sich tatsächlich um zu korrigierende Fehler des Untergerichts handelt. Zum besseren Verständnis des Wiederaufnahmeverfahrens stellt Walther Vergleiche mit der Revision an. Die Revision ist dazu da, Verletzungen formeller oder materieller Gesetzesvorschriften wieder gut zu machen. Wer Revision einlegt, erhebt damit einen Vorwurf gegen den Unterrichter; daß über solche Vorwürfe nur das Obergericht entscheiden darf, ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des Prozeßrechts und bedarf daher keiner näheren Begründung. Die Wiederaufnahme dagegen, die lediglich eine neue Verhandlung auf Grund einer neuen Sachlage bezweckt, ist nach seiner Auffassung durchaus Sache des iudex a quo.

Unsere deutsche Prozeßordnung hat Walthers Ausführungen beigepflichtet und das Wiederaufnahmeverfahren seinen Vorschlägen entsprechend ausgestaltet. Die meisten anderen Prozeßordnungen dagegen, so vor allem die französische und die schweizerische,[57] aber auch die russische (Art. 934) und die italienische (Art. 688) St. P. O. halten am Zentralisationsprinzip fest.[58] Interessant ist die Regelung der österr. St. P. O. von 1873; dort findet das Vorverfahren, die Prüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen des Wiederaufnahmeantrags, vor einem höheren Gericht, einer mit 4 Richtern besetzten Kammer statt, die neue Hauptverhandlung aber vor dem iudex a quo. Auch nach der R. M. St. G. O. vom 1. 12. 1898 (§ 443) entscheidet über die Zulassung des Wiederaufnahme-

[56] Schwarze in Holtzendorffs Handbuch, Bd. II von 1879 S. 325.

[57] Schoetensack in Rechsgang Bd. III S. 29 u. G.S. Bd. 85, S. 359.

[58] Rosenblatt Z. 23, S. 594 F.N. 19.

antrags das Reichsmilitärgericht, allerdings nur, weil andere ständige Militärgerichte nicht vorhanden waren, aber auch, um eine einheitliche Ausführung der Gesetzesbestimmungen zu sichern.[59] Die neue Hauptverhandlung findet vor dem Untergericht statt, welche das angefochtene Urteil erlassen hat; ebensogut kann aber das Reichsmilitärgericht aus Zweckmässigkeitsgründen auch ein anderes Gericht mit der Durchführung der neuen Hauptverhandlung beauftragen.[60] Ob für den geltenden deutschen Strafprozeß, der sowohl im Vorverfahren als in der neuen Hauptverhandlung den iudex a quo entscheiden läßt, eine Aenderung empfehlenswert ist, wird im 3. Teil der Arbeit des näheren zu behandeln sein.

§ 4.

Allgemeine Betrachtungen über die Wiederaufnahme. Gründe gegen die Wiederaufnahme im Allgemeinen. Gründe gegen die Wiederaufnahme zum Nachteil eines Angeklagten.

I. Daß in der Justiz auch Fehlsprüche, sog. Justizirrtümer vorkommen, ist eine bedauerliche Tatsache, an der sich leider nichts ändern läßt und die sich aus der menschlichen Unvollkommenheit erklärt. Hellwig,[61] der diese Frage näher untersucht hat, stellt zwar fest, daß die Gefahr des Justizirrtums im Lauf der Geschichte stets geringer geworden ist. Trotz aller Versuche, durch bessere kriminaltechnische Ausbildung und psychologische Schulung der Richter, durch Verwertung der neuesten Errungenschaften der Wissenschaft, durch bessere Gestaltung des Prozeßverfahrens die Zahl der Fälle weiter herabzumindern, wird es aber auch in Zukunft eine bestimmte Anzahl unvermeidbarer Justizirrtümer geben. Die Möglichkeit des Justizirrtums ist auch einer der Hauptgründe, der gegen die Todesstrafe geltend gemacht wird. Ein vollstrecktes Todesurteil ist irreparabel. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Vollzug der Todesstrafe auch im geltenden Recht kaum zu Unzuträglichkeiten geführt hat, weil die Todesstrafe in der Regel

[59] Vergl. Kommentar zur R. M. St. G. O. vom 1. 12 1898 von Koppmann zu § 443.

[60] Koppmann zu § 446 Note 10.

[61] Hellwig, Justizirrtümer, 1914.

nur dann vollstreckt wird, wenn ein absolut sicherer Schuldbeweis geführt ist, in unsicheren Fällen dagegen gar kein Todesurteil gefällt wird oder in der Regel Begnadigung Platz greift.

Alsberg,[62] Sello[63] und Hellwig[64] haben eine Reihe von Fällen gesammelt und teilweise kritisch behandelt und damit manche Anregung gegeben, wie auch ein großer Teil dieser Justizirrtümer hätte vermieden werden können. Viele Irrtümer zu Ungunsten und noch mehr zu Gunsten bleiben zwar unentdeckt; eine recht beträchtliche Zahl wird auf dem Wege des Wiederaufnahmeverfahrens wieder gut gemacht, soweit eine Wiedergutmachung überhaupt möglich ist. Hellwig gibt statistisches Material über die Zahl der jährlich in Deutschland erfolgten Wiederaufnahmen. Daraus ersieht man, daß das Wiederaufnahmeverfahren seit 1900 erheblich häufiger zur Anwendung kommt, und zwar ausschließlich das Verfahren zu Gunsten der Verurteilten und ganz besonders bei den land- und schwurgerichtlichen Sachen. Jährlich gelingt es in Deutschland 500 Verurteilten, ihre Unschuld im Wiederaufnahmeverfahren feststellen zu lassen. Von den eingeleiteten Wiederaufnahmeverfahren enden nur 12—13 Prozent mit der Aufrechterhaltung des Urteils; der Maßstab für Zulassung der Einleitung des Wiederaufnahmeverfahrens ist also so streng, daß in fast 90 Prozent der Fälle mit der Zulassung schon die Freisprechung bezw. anderweitige Aufhebung des Urteils gewährleistet ist.

Auch die Oeffentlichkeit hat sich stets viel mit Justizirrtümern beschäftigt; besonders in letzter Zeit haben eine Reihe von angeblichen Justizirrtümern[65] großes Aufsehen erregt und vielfach zu schweren Angriffen gegen die Rechtspflege geführt. Daß übrigens die Mitteilungen in der Tagespresse nur mit äußerster Vorsicht aufzunehmen sind und sich bei kritischer Prüfung vielfach als tendenziöse Machenschaften irgend einer interessierten Gruppe herausstellen, ist eine Tatsache,

---

[62] Alsberg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913.

[63] Sello, die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen, 1911.

[64] Hellwig, Justizirrtümer, 1914.

[65] In Deutschland der Fall Trautmann — Denke, neuestens der Fall des Russen Jacubowski, im Ausland der Fall Sacco und Vanzetti und der Fall Slater.

die nur zu wenig beachtet wird. Der Ansicht Le Poittevins,[66] „gebt der öffentlichen Meinung die Wiederaufnahme, so werdet ihr derselben beweisen können, daß ein Justizirrtum nicht vorliegt", daß also in zweifelhaften Fällen besonders auch politischen Einschlags die öffentliche Meinung am ehesten durch Zulassung der Wiederaufnahme beruhigt wird, ist durchaus beizupflichten. Aus diesem Grunde, insbesondere aber auch, weil das Vertrauen des Volkes zur Rechtspflege durch eine weitherzige Zulassung des Wiederaufnahmeverfahrens nur gestärkt wird, ist der Wiederaufnahme größtmöglichste Beachtung zu schenken.

Unverständlich erscheint uns deshalb die prinzipielle Abneigung der Gerichte gegen das Wiederaufnahmeverfahren. Rosenblatt[67] redet von einer förmlichen horror der Praxis gegen die Wiederaufnahme, welche nur in den seltensten Fällen zugelassen werde. Mit unglaublicher Ausdauer und Starrheit halten die Gerichte an dem Grundsatz „res judicata pro veritate habetur" fest. Diese Abneigung läßt sich einigermaßen begründen mit der mangelhaften Ausgestaltung des Wiederaufnahmeverfahrens überhaupt. Nicht mit Unrecht erklärt v. Kries,[68] der Abschnitt über das Wiederaufnahmeverfahren in der Z. P. O. und in der St. P. O. sei schlecht ausgefallen; Rosenblatt nennt die Wiederaufnahme geradezu das Stiefkind der St. P. O. und Poittevin[69] stellt fest, die Wiederaufnahme des Strafverfahrens habe nur unter dem Druck der Tatsachen stetig an Boden gewonnen. Anfangs sei sie nur eine ungenügende Ausnahme gewesen, jetzt sei sie zur allgemeinen Regel geworden. Die Idee, die ihr zu Grunde liege, sei bestimmt zu noch weiterer und neuer Entwicklung. Auch Winkler[70] betont, daß den Schwurgerichtsurteilen gegenüber das Wiederaufnahmeverfahren fast vollständig versage; seine weitere Ausgestaltung zu einem vollwirksamen, segensreichen Institute sei daher energisch ins Auge zu fassen. Wohl läßt sich mit einer Reform des Wiederaufnahmeverfahrens manches erreichen; grundsätzliche Abhilfe bringt aber nur eine Umkehr auf den Wegen

[66] Rosenblatt Z. 23, S. 586.
[67] Rosenblatt, Z. 23, S. 580.
[68] v. Kries, Die Rechtsmittel im Zivil- und Strafprozess, 1880, S. 411.
[69] Rosenblatt, Z. 23, S. 596.
[70] Winkler, Recht, Bd. 7, S. 305.

seiner praktischen Anwendung.[71] Auch heute noch ist die Abneigung der Gerichte und der Staatsanwaltschaft gegen die Wiederaufnahme im allgemeinen, die sich besonders auch bei der Würdigung neuer Tatsachen und Beweismittel deutlich bemerkbar macht, weit verbreitet. Gerade dadurch hat aber die Wiederaufnahme viel von ihrem Wert verloren.[72] Dieser Abneigung gilt der Kampf, und erst wenn die alten Vorurteile teils gefühlsmäßiger, teils rechtspolitischer Art geschwunden sind, wird das Wiederaufnahmeverfahren das idealste Rechtsmittel werden können, wie es Riß[73] schon vor 2 Jahrzenten genannt hat.

II. Zunächst gilt es, die tieferen Gründe für diese Abneigung, die prinzipiellen Gründe gegen das Wiederaufnahmeverfahren überhaupt klarzulegen. Daß das Rechtskraftsprinzip sich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens nur schwer in Einklang bringen läßt, ist bereits oben dargelegt worden. Der Inquisitionsprozeß mit der starren Durchführung dieses Prinzips wirkt heute noch nach, wodurch sich zum mindesten die gefühlsmäßige Ablehnung des Richters gegen das Wiederaufnahmeverfahren erklären läßt. Mit Recht betont Herkerath,[74] daß ein Urteil nicht ohne Not als irrig bloßgestellt werden dürfe. Diese Auffassung darf aber nicht dazu führen, daß das Rechtskraftsprinzip überhaupt als Grund gegen die Wiederaufnahme ins Feld geführt wird, wie es v. Kries tut,[75] der sich mit diesem Argument wiederholt gegen die Wiederaufnahme bezw. gegen eine Ausdehnung derselben gewandt hat.

Auch die Einwendung Schwarze's,[76] der Grundgedanke der Mündlichkeit widerstrebe der Wiederaufnahme des Verfahrens, ist in gewissem Sinne berechtigt; eine Einführung der Schriftlichkeit des Verfahrens, weil nur dadurch für das Wiederaufnahmeverfahren unverlierbare Beweismittel geschaffen würden, wird aber auch von Schwarze nicht empfohlen.

Nicht ohne Berechtigung ist jedenfalls der weitere, von

---

[71] Mamroth, deutsche St.R.Z., Bd. 8 von 1921, S. 85.

[72] v. Lilienthal, Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, Bd. 21 von 1923, S. 74.

[73] Riss, D.R.Z. von 1909, S. 319.

[74] Herkerath, Erlanger Dissertation von 1909, S. 14.

[75] v. Kries 1880, S. 423.

[76] Schwarze 1879, S. 328.

Kries geltend gemachte Zweifel,[77] ob das Urteil des Wiederaufnahmeverfahrens der materiellen Wahrheit mehr entspreche als das frühere Urteil. Schwarze[78] kommt zu dem Schluß, daß das neue Urteil vielfach dem wirklichen Sachverhalt nicht gerecht wird, weil in der Zwischenzeit die Beweismittel verlorengegangen oder abgeschwächt worden sind. Durch Zeitablauf wird die Erinnerung der Zeugen schwächer, oft sogar untreu, ohne daß diese Mängel durch Vorhalt der früheren Aussagen ausgeglichen werden könnten. Es könnte sich also jemand durch ein ungerechtfertigtes Wiederaufnahmeverfahren nach einer Reihe von Jahren unter Umständen eine Freisprechung erschleichen, weil der Hauptbelastungszeuge gestorben ist oder der Schuldbeweis sich aus anderen Gründen nicht mehr erbringen läßt. Das gilt[79] in verstärktem Maße für die alten Schwurgerichtsurteile, bei denen die Geschworenen ihren Wahrspruch nicht mit Entscheidungsgründen zu versehen brauchten. Hier war es im Falle der Wiederaufnahme besonders schwierig, das Vorhandensein eines Novums festzustellen oder zu rechtfertigen. Besonders aus diesem Grunde hat man gefordert, daß die Geschworenen ihren Wahrspruch durch Angabe von Gründen rechtfertigen sollten, ein Postulat, das durch die Abschaffung der alten Schwurgerichte durch die Novelle 24 hinfällig geworden ist. Die Gefahr des Mißbrauchs ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen. Dennoch wird man hier Schwarze[80] beipflichten müssen, der den Satz aufstellt, daß wegen des bloßen Mißbrauchs oder wegen der Möglichkeit, daß ein Schuldiger auf diese Weise leichter als sonst einmal der verdienten Strafe entgehen könne, ein nötiger Schutz der Unschuld und ein Schirm der Gerechtigkeit nicht aufgegeben werden dürfe. Auch Herkerath[81] erblickt in dem Einschrumpfen des Beweismaterials einen Nachteil, weshalb er eine schlichte, aber genaue stenographische Festlegung der Zeugenaussagen und der anderen Beweispunkte empfiehlt mit der Bemerkung, ein wenig prinzipienwidrige Schriftlichkeit sei besser als die Verewigung eines Unrechts.

---

[77] v. Kries 1880, S. 423.
[78] Schwarze 1879, S. 329.
[79] Schwarze 1879, S. 329.
[80] Schwarze 1851, S. 564.
[81] Herkerath, S. 27.

Beachtenswert sind Winkler's[82] Vorschläge zur Lösung dieser Frage; auch seiner Auffassung nach spricht es prinzipiell gegen die Wiederaufnahme, wenn ein Verurteilter nachträglich deshalb freigesprochen wird, weil sich der Belastungsbeweis nicht mehr herstellen läßt. In seinen Reformvorschlägen empfiehlt er deshalb in § 361 III eine Lösung dahingehend,[83] daß der Wiederaufnahmeantrag in solchen Fällen zurückgewiesen, gleichzeitig aber ausgesprochen werden soll, daß das frühere Urteil nicht vollstreckt werden darf. Dadurch wird ein Ausgleich geschaffen zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denen des Angeklagten, eine Regelung, die jedenfalls befriedigender ist als der bisherige, von allen Seiten als unhaltbar anerkannte Zustand.

Winkler's Vorschlag berührt sich mit der von Liepmann[84] auch für den Strafprozeß geforderten Feststellungsklage, sowie mit dem von Beling[85] vorgeschlagenen Informativprozeß. Obwohl zu diesen Vorschlägen, die für den Strafprozeß eine wesentliche Neuerung bedeuten, weil eine Feststellungsklage bis jetzt nur dem Zivilprozeß bekannt war, von der Wissenschaft noch nicht Stellung genommen worden ist, wird eine künftige Strafprozeßreform auch diese Frage nicht ungelöst lassen dürfen.[86] Knapp,[87] der auf den Ausführungen Beling's und Liepmann's fußt, hält eine Feststellungsklage speziell für das Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode des Verurteilten für wünschenswert, weil ein Verfahren im Sinn des § 371 St. P. O., das im Grunde genommen nichts anderes als eine Feststellungsklage ist, sich nur mit Mühe in die Struktur des geltenden Strafprozeßrechts einreihen läßt.

Auch darin ist Winkler beizupflichten, daß sich absolute Gerechtigkeit nicht durchführen läßt, daß auch ein Verurteilter sich eine gewisse Fehlergrenze gefallen lassen muß. Deshalb

---

[82] Winkler G.S., Bd. 78, S. 356—360.

[83] Winkler G.S., Bd. 78, S. 336.

[84] Liepmann, Bd. IV der vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, S. 367, 372

[85] Beling, Informativprozesse, Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen, 1900.

[86] Schoetensack, Rechtsgang III, S. 15 Anm. u. in s. Vorlesung empfiehlt die kriminelle Feststellungsklage als eine Art Provokationsklage zu gestalten.

[87] Knapp, Tüb. Diss., 1912. Die Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung nach dem Tode des Verurteilten.

darf man die Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten nicht allzu sehr erleichtern. Auch das Wiederaufnahmeverfahren zu Gunsten des Verurteilten muß eine Ausnahme bleiben. Nur als ultimum refugium darf die Wiederaufnahme dem Angeklagten zugänglich gemacht werden, wenn ihm die ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr zur Verfügung stehen, wobei es prinzipiell gleichgültig sein muß, ob der Verurteilte wegen eines Kapitalverbrechens, oder wegen einer Uebertretung zur Strafe gezogen worden ist.

Aus dem allgemeinen Gesichtspunkt, daß auch die Richter nur Menschen sind, und daß Irren menschlich ist, läßt sich die Notwendigkeit der Wiederaufnahme am besten rechtfertigen.[88] Alle Gründe gegen die Wiederaufnahme überhaupt haben sich jedenfalls nicht als gewichtig genug erwiesen, dieses Hauptargument zu entkräften. Deshalb ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens in mäßigem Umfange das beste Mittel zur Herbeiführung der materiellen Wahrheit, ohne daß dadurch das Rechtskraftsprinzip mehr als unbedingt notwendig gelockert wird.

III. Befremdlich muß erscheinen, daß unter der Herrschaft des gemeinen Rechts nur die Wiederaufnahme gegen ein kondemnatorisches Urteil gestattet war. Warum soll bloß dem Verurteilten die Möglichkeit einer Rehabilitierung gegeben werden, während der Staat untätig zusehen muß, daß ein Freigesprochener sich jeder weiteren Verfolgung entziehen kann? Die Gerechtigkeit erfordert,[89] daß dem Verbrechen die verdiente Strafe folgt und die Konsequenz fordert, daß so, wie ein rechtskräftiges Strafurteil zu Gunsten des Verurteilten angefochten werden kann, es auch zu dessen Nachteil muß angefochten werden können; so wie für den Verurteilten eine Restitution gestattet wird, wenn er schuldlos verurteilt wurde, ebenso muß für den Staat eine Art Restitution stattfinden können, wenn der, welcher die Strafgesetze des Staates übertreten hat, der verdienten Strafe entging, später aber noch überwiesen werden kann.

Arnold[90] führt als Argument gegen die Wiederaufnahme zum Nachteil wieder die Abschwächung der Beweismittel

[88] Barbarino, S. 79.

[89] Arnold G.S., Bd. I, 3 Jahrgang von 1851, S. 48.

[90] Arnold 1851, S. 48.

durch Zeitablauf an. Der Freigesprochene erleide durch Verlust oder Abschwächung der Entlastungsbeweismittel unverschuldet eine erhebliche Benachteiligung. Mit Recht weist Schwarze[91] darauf hin, daß, geradeso wie die Entlastungsbeweismittel auch die Belastungsbeweismittel sich abschwächen. Dieses Argument spricht also nur gegen die Durchbrechung des Rechtskraftsprinzips überhaupt und gibt zu dem Zweifel Anlaß, ob das Urteil im Wiederaufnahmeverfahren der materiellen Wahrheit näherkommt als das angefochtene Urteil. Als Argument gegen die Wiederaufnahme zum Nachteil ist es nicht verwertbar.

Zur Unterstützung dieses Arguments beruft man sich in Kriminalsachen auf den Grundgedanken der Verjährung.[92] Es ist allgemein anerkannt, daß der Ablauf der Verjährungsfrist jede Wiederaufnahme gegen einen Freigesprochenen ausschließt.[93] Die Rechtsordnung bringt also durch die Verjährung zum Ausdruck, daß es notwendig ist, der Verfolgung eine Grenze zu setzen.[94] Es ist zwar ein unbilliges Ergebnis, daß derjenige, welcher in Untersuchung gezogen und freigesprochen worden war, länger der Verfolgung ausgesetzt ist als derjenige, welcher überhaupt nicht in Untersuchung gezogen war, weil beim ersteren die unterbrochene Verjährung vom Augenblick der Freisprechung an von neuem zu laufen beginnt, während beim letzteren die Verjährung schon vom Augenblick der Tat an läuft, also früher abgelaufen ist.[95] Trotzdem wird man daran festhalten müssen, daß die Wiederaufnahme des Verfahrens zum Nachteil nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Frist der Verfolgungsverjährung abgelaufen ist. Die Verjährungsfristen sind so lang bemessen, daß ein überhaupt nicht zur Untersuchung Gezogener immer noch lange genug der Gefahr einer Verfolgung ausgesetzt ist. Wenn dann diese Frist abgelaufen ist, dann soll er auch den Vorteil der Verjährung genießen. Jedenfalls beweist das Institut der Verjährung noch nichts gegen eine Wiederaufnahme zum Nachteil. Die Verjährung und die Unmöglichkeit der Wiederaufnahme zum Nachteil nach

---

[91] Schwarze 1851, S. 579.
[92] Mittermaier 1846, Bd. 2, S. 637.
[93] Schwarze 1851, S. 579.
[94] Goltdammers Archiv, Bd. 6, S. 519.
[95] Arnold 1851, S. 49.

Ablauf der Verjährungsfristen beruhen nur auf dem gleichen Gedankengang, daß nach Verfluß einer bestimmten Zeitspanne kein Interesse mehr an der Aburteilung einer strafbaren Handlung besteht. Die Wiederaufnahme zum Vorteil als die ungleich wichtigere ist zeitlich unbegrenzt möglich; die Wiederaufnahme zum Nachteil ist, wie unten noch auszuführen sein wird, überhaupt einer stärkeren Beschränkung zu unterwerfen, weshalb die zeitliche Begrenzung nicht zu beanstanden ist.

Gegen die Wiederaufnahme zum Nachteil spricht, daß die Anklagebehörde beim Angriff auf ein freisprechendes Urteil günstiger gestellt ist als der Verurteilte beim Angriff gegen ein kondemnatorisches Urteil.[96] Der Ankläger braucht nur eine neue Anschuldigung darzutun, während der Verurteilte, der ein Wiederaufnahmeverfahren betreiben will, in der Regel erst den vollständig erbrachten Schuldbeweis aus dem Weg räumen muß.[97] Die Anklagebehörde hat stets die Möglichkeit gehabt, die Beweise zu sammeln und das Beweisverfahren vorzubereiten; eine Verabsäumung dieser Möglichkeit darf den Angeklagten nicht schädigen.[98]

Berechtigt ist auch die Forderung, daß der Freigesprochene vor den Unannehmlichkeiten einer weiteren Verfolgung möglichst zu schützen ist. Wie ein Damoklesschwert schwebt über dem Freigesprochenen die Furcht vor der Wiederaufnahme des Verfahrens, das ihn unvermittelt den Qualen und der Angst einer neuen Untersuchung aussetzt.[99] Andererseits wäre es unverständlich, wenn man einem Losgesprochenen gestatten würde, sich überall ungescheut und furchtlos seines Verbrechens zu rühmen und gewissermaßen die Justiz zu verhöhnen. Auch ist denkbar, daß ein Freigesprochener, dem sein Gewissen keine Ruhe läßt, seine Tat noch nachträglich eingesteht und zur Strafe gezogen werden will. Gerade beim Geständnis würde das Nichtgestatten der Wiederaufnahme vom Volke nicht verstanden werden. Deshalb hat schon Schwarze[100] diesen Wiederaufnahmegrund als unentbehrlich bezeichnet und seinem Vorschlag entsprechend wurde der § 362 Z. 4 auch in die St.P.O. von 1877 auf-

[96] Zachariä 1868, Bd. II, S. 675.
[97] Arnold 1851, S. 50.
[98] Schwarze 1879, S. 330.
[99] Arnold 1851, S. 51.
[100] Schwarze 1851, S. 581, 583

genommen. Schwarze ist unbedingt beizupflichten, wenn er zusammenfassend sagt: „Auch die erfolgte Freisprechung darf kein unbedingter Freibrief sein. Die Nachteile der Wiederaufnahme können nicht den Sieg über die höheren Anforderungen der Gerechtigkeit davontragen und Humanitätsgründe können nicht bis zur Straflosigkeit des Verbrechens führen." [101]

Das Hauptargument gegen eine Wiederaufnahme zum Nachteil ist die Erwägung, daß es besser ist, wenn ein Schuldiger, welcher freigesprochen wurde, von jeder weiteren Verfolgung freigelassen wird, als wenn einem Unschuldigen die Herstellung des Entlastungsbeweises unendlich erschwert wird.[102] Goltdammer [103] formuliert es so, daß es für den Staat unendlich schwerer wiegt, wenn ein Unschuldiger bestraft wird, als wenn ein Schuldiger der Strafe entgeht. Diesem Argument wird man sich nicht verschließen können. Trotzdem aber darf man daraus nicht den Schluß ziehen, daß, weil die Straffreiheit eines Schuldigen, Freigesprochenen für das Rechtsgefühl erträglicher ist als die Bestrafung eines Unschuldigen, die Wiederaufnahme gegen einen Freigesprochenen überhaupt unzulässig sei. Die Konsequenz kann vielmehr nur die sein, daß die Allgemeinheit an der erneuten Verfolgung eines Freigesprochenen zwar weniger Interesse hat, daß aber immerhin auch eine solche Verfolgung, wenn auch unter gewissen Beschränkungen möglich sein muß.

So kommt die Wissenschaft übereinstimmend [104] zu der Auffassung, daß auch eine Wiederaufnahme zum Nachteil, allerdings in engeren Grenzen als eine Wiederaufnahme zum Vorteil, zuzulassen ist. Die Regelung, die von Schwarze bereits 1851 vorgeschlagen worden war, ist denn auch im Wesentlichen in die St.P.O. von 1877 aufgenommen worden. Auch die Praxis hat nur in beschränktem Umfang von der Wiederaufnahme zum Nachteil Gebrauch gemacht,[105] so kommen z. B. im Jahr 1905 auf insgesamt 600 Wiederaufnahmeverfahren 510 Verfahren zu Gunsten und nur 90 zu Ungunsten.

---

[101] Schwarze 1851, S. 580.

[102] Schwarze 1851, S. 580.

[103] Goltdammer's Archiv, Bd. 6, S. 519.

[104] Schwarze 1879, S. 330, Zachariae 1868, Bd. 2, S. 675, Kries 1880, S. 439/440.

[105] Hellwig G.S., Bd. 87, S. 375.

§ 5.

Wesen und Zweck der Wiederaufnahme.

I. Die Wiederaufnahme zu Gunsten soll dem Verurteilten zu seinem Recht verhelfen, wenn alle ordentlichen Rechtsmittel erschöpft sind. Die Wiederaufnahme zu Ungunsten soll in besonderen Fällen den staatlichen Strafanspruch zum Zug kommen lassen, auch wenn der Angeklagte im ordentlichen Verfahren bereits rechtskräftig freigesprochen worden ist. Dabei ist zu beachten, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens zum Zwecke der Aenderung der Strafe innerhalb des durch dasselbe Gesetz bestimmten Strafrahmens gemäß § 363 St. P. O. nicht stattfindet. Diese Vorschrift, eine Konsequenz des Rechtskraftsprinzips, bringt zum Ausdruck, daß nur bei erheblichen Bedenken, also nur wenn ein milderes oder strengeres Gesetz zur Anwendung kommt, an einem rechtskräftigen Urteil noch gerüttelt werden darf, daß aber bezügl. der Strafhöhe, bei deren Feststellung dem freien richterlichen Ermessen in der Regel ein weiter Spielraum gelassen ist, mit dem rechtskräftigen Urteil des Richters das letzte Wort gesprochen ist.

Aus der Notbehelfsnatur des Wiederaufnahmeverfahrens ergibt sich, daß dasselbe an keine Frist gebunden sein darf. Jedenfalls ist eine Wiederaufnahme zu Gunsten, die oft eine Befreiung des Angeklagten von schwerem Verdacht und eine Rehabilitierung noch nach Jahrzehnten bringt, für den Angeklagten von so außerordentlicher Bedeutung, daß eine zeitliche Befristung nicht angebracht ist. Anders ist es, wenn im Zivilprozeß, wo es sich in der Hauptsache um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt und wo im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsbeständigkeit endgültiges Recht geschaffen werden muß, die Wiederaufnahme des Verfahrens nur innerhalb einer doppelten Präklusivfrist von 1 Monat a die scientiae und von 5 Jahren vom Eintritt der Rechtskraft des Urteils an gestattet wird.

Auch die Wiederaufnahme zum Nachteil braucht nicht zeitlich beschränkt zu werden, weil durch die allgemeinen Grundsätze der Verjährung wenigstens einer Strafverfolgung nach längerer Zeit eine Grenze gesetzt wird. Für Schwarze,[106] der

[106] Schwarze 1851, S. 588, mit dieser Anschauung ziemlich alleinstehend.

auch bei der Wiederaufnahme zum Nachteil eine Präklusivfrist vorschlägt, werden wohl die heutigen Verjährungsfristen zu lang gewesen sein; nachdem diese Fristen im Entwurf zum neuen St. G. B. § 78 gekürzt worden sind, ist für besondere Fristen in diesem Fall kein Raum.

Wo es um die Ehre eines Menschen geht, darf selbst der Tod kein Hindernis für die Erforschung der materiellen Wahrheit sein, weil unter dem Makel, mit dem der Verstorbene behaftet ist, auch seine Angehörigen zu leiden haben. Auf das Verfahren der Wiederaufnahme nach dem Tode eines Verurteisten (§ 371 St. P. O.), bei dem nur auf Freisprechung, nicht etwa auf mildere Bestrafung erkannt werden darf, weil damit der Rehabilitierung nicht gedient ist, mag unten noch des näheren eingegangen werden.

Daß übrigens, wenn die Wiederaufnahme des Verfahrens nur von dem Verurteilten oder zu seinen Gunsten von der Staatsanwaltschaft beantragt wird, das Verbot der reformatio in peius Platz greift (§ 373 II St. P. O.), ist eine Bestimmung, die auch bei den ordentlichen Rechtsmitteln Anwendung findet und einer besonderen Begründung nicht bedarf.

Solange über eine Sache noch nicht rechtskräftig entschieden ist, dürfen natürlich auch die Rechtskraftswirkungen nicht eintreten, weil z. B. durch die Vollstreckung eines nicht rechtskräftigen Urteils für den Staat unabsehbarer Schaden entstehen kann. Deshalb hat die Einlegung von Rechtsmitteln stets aufschiebende Wirkung; den ordentlichen Rechtsmitteln ist ein Suspensiveffekt eigentümlich. Eine derartige Suspensivwirkung ist dagegen kein Wesensbestandteil des Wiederaufnahmeverfahrens, weil bei Stellung eines Wiederaufnahmeantrags eine Strafe bereits vollstreckt sein kann. Auch wenn die Strafvollstreckung erst bevorsteht, ist es nicht immer ratsam, den Wiederaufnahmeantrag mit einer Suspensivwirkung auszustatten, weil es damit der Verurteilte in der Hand hätte, die Strafvollstreckung beliebig lang hinauszuschieben. Immerhin mag unter gewissen Umständen eine Strafvollstreckung unzweckmäßig erscheinen, nachdem bereits ein Wiederaufnahmeantrag gestellt ist, so vor allem, wenn durch die Vollziehung der Strafe dem Verurteilten ein nicht wiedergutzumachender Schaden (Todesstrafe) zugefügt würde. In solchen Fällen kann das Gericht einen Aufschub oder eine Unterbre-

chung der Vollstreckung anordnen (§ 360 II St. P. O.); von dieser Bestimmung wird von den Gerichten in weitem Umfang Gebrauch gemacht, sodaß eine weitergehende Ausdehnung der Suspensivwirkung beim Wiederaufnahmeverfahren nicht erforderlich erscheint.

Eine Selbstverständlichkeit ist es auch, daß die Einlegung eines ordentlichen Rechtsmittels Devolutiveffekt hat. Wenn jemand sich durch eine Entscheidung des Untergerichts beschwert fühlt, so wendet er sich um Abhilfe an das nächst höhere Gericht. Das höhere Gericht überprüft dann die Entscheidung des Untergerichts, wodurch eine Gewähr für nochmalige gründliche und unbefangene Prüfung des Sachverhalts gegeben ist. Einen derartigen Devolutiveffekt hat das geltende Recht dem Wiederaufnahmeverfahren versagt; hier entscheidet nochmals derselbe Richter, der das angefochtene Urteil gefällt hat, und zwar sowohl im Verfahren über den Wiederaufnahmeantrag als auch in der erneuten Hauptverhandlung über die von ihm bereits abgeurteilte Tat. Diese Regelung, die mit der Rechtsmittelnatur (vergl. § 6) des Wiederaufnahmeverfahrens unvereinbar erscheint, soll im 3. Teil der Arbeit noch einer eingehenden Kritik unterzogen werden.

§ 6.

Die rechtliche Natur der Wiederaufnahme.

I. Ueber die rechtliche Natur des Wiederaufnahmeverfahrens herrscht Streit. Im Anschluß an den gemeinrechtlichen Sprachgebrauch wird die Wiederaufnahme als „außerordentliches Rechtsmittel" bezeichnet. Bennecke-Beling[107] hält diese Bezeichnung für verfehlt, weil die Wiederaufnahme sich dadurch wesentlich von den eigentlichen Rechtsmitteln unterscheidet, daß sie weder Suspensiv- noch Devolutiveffekt hat. Gerade der Umstand, daß die Wiederaufnahme nur als ein selten und in ungewöhnlichen Fällen eintretender Rechtsbehelf gedacht ist, benimmt ihr den Charakter eines Rechtsmittels, sodaß selbst die Bezeichnung als außerordentliches Rechtsmittel noch zu viel besagt.

---

[107] Bennecke-Beling 1900, S. 597 ff.

Schoetensack[108] in seiner Abhandlung über die Wiederaufnahmeklagen im Zivilprozeß unterzieht die Frage nach deren rechtlicher Natur einer eingehenden Prüfung. Er zählt eine Reihe von Punkten auf, die für eine Rechtsmittelähnlichkeit sprechen; größer und gewichtiger ist jedoch die Zahl der Punkte, die für die selbständige Natur der Wiederaufnahmeklage geltend gemacht werden. Die Wiederaufnahmeklage der Z. P. O. bezw. der Wiederaufnahmeantrag der St. P. O. hat keinen Suspensiv- und keinen Devolutiveffekt wie die Berufung oder die Revision, das Wiederaufnahmeverfahren richtet sich nach den Regeln des Erstinstanzverfahrens, der iudex a quo, d. h. der Richter im erstinstanziellen Verfahren hat die Entscheidung auch im Wiederaufnahmeverfahren. Für Schoetensack ist das Hauptmerkmal dafür, daß es sich um eine selbständige Klage handelt, der Gesichtspunkt der Verfahrenseinheit. Die ordentlichen Rechtsmittel (Berufung, Revision, Beschwerde) setzen die Einheit des Verfahrens fort, sie bewirken nicht Prozeßgründung, sondern bloß Instanzgründung bezw. Erweiterung. Die außerordentlichen Rechtsmittel dagegen (die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage der Z. P. O. und das Wiederaufnahmeverfahren der St. P. O.) setzen eine abgeschlossene Verfahrenseinheit voraus; sie bewirken erneut Prozeß- und damit natürlich auch Instanzgründung. Das Wiederaufnahmeverfahren ist zwar mit den ordentlichen Rechtsmitteln in verschiedenen Punkten verwandt, vor allem weil es eine tatsächliche Rechtsmittelfunktion ausübt. Die Selbständigkeit kommt aber doch bei so wesentlichen Punkten zum Durchbruch, daß man Schoetensack beipflichten muß, wenn er erklärt, das Anwendungsgebiet der Wiederaufnahmeklagen fange da an, wo das des Rechtsmittels aufhört.

Auch die Stellung im geltenden Recht, wo für die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens ein besonderes 4. Buch der St. P. O. gebildet worden ist, deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber die Wiederaufnahme von den ordentlichen Rechtsmitteln des 3. Buches trennen will, obwohl er im § 365 St. P. O. bestimmt, daß die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel auch bei dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens Anwendung finden.

[108] Schoetensack in der Festschrift für Hugo v. Burckhardt 1910, S. 249 ff., und Rechtsgang III, 1916, S. 29.

Daß man allerdings dieser äußerlichen Einteilung keine allzugroße Bedeutung beimessen darf, ergibt sich aus der Unterbringung der Wiederaufnahme im Entwurf 1908 in einem Buch mit den ordentlichen Rechtsmitteln, wobei die Wiederaufnahme zwar ausdrücklich als außerordentlicher Rechtsbehelf bezeichnet wird. Wenn man auf die Terminologie überhaupt Wert legen will, so kann man aus dem Ausdruck Rechtsbehelf vielleicht das Allgemeinere herauslesen, während man unter Rechtsmittel schon etwas Spezielleres versteht.

Im übrigen wird von der Literatur übereinstimmend betont,[109] daß die Wiederaufnahme kein Rechtsmittel im gewöhnlichen Sinne sei, daß es bedenklich sei, es auch nur außerordentliches Rechtsmittel zu nennen. Praktisch ist die Frage nach der rechtlichen Natur der Wiederaufnahme jedenfalls nicht von besonderer Bedeutung; deshalb ist auch eine Lösung in dem einen oder dem andern Sinn nicht erforderlich, weil die Wissenschaft doch an den allmählich entstandenen Begriffen festhalten wird.

II. In diesem Zusammenhang ist auch einzugehen auf die Verquickung der Berufung mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, wie sie aus gesetzgebungstechnischen Gründen immer wieder versucht worden sind. „Es ist ein Fehler," sagt v. Kries,[110] „dessen sich leider schon die Motive (S. 515), in noch größerem Umfang aber die Reichsjustizkommission schuldig machte, daß man annahm, die Wiederaufnahme sei deshalb in weiterem Umfang zu gewähren, weil die Berufungsinstanz beseitigt werde. In Wahrheit haben beide Fragen für den Gesetzgeber gar nichts miteinander zu tun, denn wahre Wiederaufnahmegründe (d. h. solche, die der Natur dieses Rechtsmittels entsprechen), werden in den seltensten Fällen innerhalb einer kurz bemessenen Frist geltend gemacht; keinesfalls darf darauf gerechnet werden. Das Gesetz darf also nicht deswegen die Gründe der Wiederaufnahme einschränken, weil es die Berufung gewährt. Noch verhängnisvoller freilich ist der entgegengesetzte Fehler, die Wiederaufnahme in weiterem Umfang zuzulassen, um hiedurch einen Ersatz für die Berufung zu schaffen. Denn dann ändert man den Namen des Rechtsmittels, behält aber alle Gefahren desselben

[109] Schwarze 1879, S. 325, Bennecke 1895, S. 773, Löwe 17. Aufl., S. 794.
[110] v. Kries 1892, § 78, S. 702, Anm. 1.

bei und steigert sie noch weiter dadurch, daß man die zeitliche Beschränkung beseitigt."

Die Berufung und die Wiederaufnahme des Verfahrens verfolgen keine identischen Ziele.[111] Die Berufung gibt die Möglichkeit einer erneuten Beurteilung der in der 1. Instanz vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel, während für die Wiederaufnahme neues Tatsachen- und Beweismaterial absolut notwendig ist. Das Berufungsurteil ist eine Kritik des 1. instanzlichen Urteils, dem Wiederaufnahmeurteil liegt ein veränderter Sachverhalt zu Grunde. Das Wesen der Berufung ist nach Rosenfeld[112] Ueberprüfung, das der Wiederaufnahme Neuverhandlung.

Die Verquickung von Berufung und Wiederaufnahme ist hervorgerufen worden durch die mangelhafte Ausgestaltung der Berufung in der St. P. O. von 1877. In dem damals geltenden Verfahren war die Berufung gegen Strafkammer- und Schwurgerichtsurteile ausgeschlossen; die Wiederaufnahme wurde deshalb als eine Art Ersatz für die fehlende Berufung angesehen. Nach der damaligen Regelung der Zuständigkeit lag der Schwerpunkt der ganzen Strafrechtspflege bei der Strafkammer; ein Ausschluß der Berufung gegen erstinstanzliche Strafkammerurteile erschien von Anfang an bedenklich. Deshalb ist es begreiflich, daß man Rettung beim Institut der Wiederaufnahme suchte, ohne zu bedenken, daß dadurch die Wiederaufnahme den Charakter eines außerordentlichen Rechtsbehelfs verlieren muß.[113] Allmählich hat man jedoch erkannt, daß ein Abhängigmachen der Wiederaufnahme vom Fehlen der Berufungsinstanz abzulehnen ist.[114] Man wird unter diesem Gesichtspunkt v. Kries Recht geben, wenn er sagt, das Wiederaufnahmeverfahren zu Gunsten des Verurteilten werde in viel zu weitem Umfang zugelassen, dieses Rechtsmittel sei dazu berufen, die prinzipiell beseitigte Berufungsinstanz in schädlicherer Gestalt wieder in den Prozeß einzuführen.[115]

---

[111] Lippmann, D.J.Z. Bd. 11, S. 990.

[112] Rosenfeld, Reform des Strafprozesses, kritische Besprechung der von der Kommission für die Reform des St.P. gemachten Vorschläge von Aschrott, Berlin 1906, S. 662.

[113] v. Lilienthal Z., Bd. 29. S. 737, Rosenblatt Z., Bd. 23, S. 580 ff.

[114] v. Kries 1880, S. 411 ff., Alsberg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, S. 103, S. 52.

[115] v. Kries 1880, S. 438.

Der Entwurf 1908 scheiterte an der Frage der Berufungsgerichte, sodaß die Wiederaufnahme ihre Bedeutung als Rechtsmittel in solchen Fällen, wo Berufung am Platz gewesen wäre, weiterhin beibehalten hat. Bei der Behandlung der Frage der Ausdehnung der Berufung verfiel man wieder in den Fehler, Berufung und Wiederaufnahme miteinander in Verbindung zu bringen; es wurde jetzt umgekehrt vorgeschlagen, bei erweiterter Einführung der Berufung das Wiederaufnahmeverfahren entsprechend einzuschränken. Dem wurde verschiedentlich entgegengetreten[116] mit der Begründung, die Wiederaufnahme werde durch die Berufung nicht überflüssig, sie sei vielmehr wichtiger als die Berufung, eine erweiterte Einführung der Berufung dürfe also nicht zu einer Verschlechterung des geltenden Wiederaufnahmeverfahrens führen oder von einer Verbesserung desselben abhalten. Die Novelle 1924 hat dann endlich die Berufung im weitesten Umfang gewährt, hat es aber auch bei der bisherigen Regelung der Wiederaufnahme belassen, sodaß durch das Nebeneinanderbestehen der beiden Institute zweifellos eine wesentliche Verbesserung der Rechtspflege eingetreten ist.

III. Die Berufung und die Revision als ordentliche Rechtsmittel und die Wiederaufnahme des Verfahrens als außerordentliches Rechtsmittel erstreben beide die Beseitigung eines fehlerhaften Urteils. Der Unterschied ist der, daß die Berufung bezw. Revision sich gegen einen Mangel richtet, der vor Eintritt der Rechtskraft innerhalb Monatsfrist erkennbar geworden ist, während die Wiederaufnahme erst nach Eintritt der Rechtskraft und zwar unbefristet Platz greift. Also gegen Urteile, die gegen eine Vorschrift des Verfahrens oder des materiellen Rechts verstoßen, wird Kritik geübt durch die Rechtsmittel der Berufung bezw. der Revision, vorausgesetzt, daß diese Fehler vor Eintritt der Rechtskraft entdeckt werden. Urteile dagegen, bei denen sich erst nach Eintritt der Rechtskraft herausstellt, daß auf Grund des tatsächlichen Sachverhalts eine andere Entscheidung hätte ergehen müssen, werden auf dem Weg des Wiederaufnahmeverfahrens nochmals überprüft. Daß diese nochmalige Ueberprüfung, die eine Durchbrechung des Rechtskraftsprinzips bedeutet, von strengeren

[116] Die Protokolle der St.P.Kommission, Nagler G.S., Bd. 73, S. 223, Winkler G.S., Bd. 78, S. 331 ff.

Voraussetzungen abhängig gemacht wird als die Berufung oder die Revision, ist bereits früher dargetan worden und aus dem Notbehelfscharakter der Wiederaufnahme ohne weiteres erklärlich.

Zunächst gilt es die Angriffsrichtung des Wiederaufnahmeverfahrens klarzulegen, die sich am besten an Hand der Wiederaufnahmegründe des § 359 St. P. O. ermitteln läßt. Nach Knapp[117] handelt es sich bei § 359 Z. 1, 2, 4 um die Beseitigung der Beweisgrundlagen des ergangenen Urteils; bei Z. 3 wird die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens in Frage gestellt, bei Z. 5 handelt es sich um die Erschütterung der in dem Urteil enthaltenen Feststellungen mittels neuer Tatsachen und Beweismittel. Die Wiederaufnahme wird also nur gewährt, wenn das frühere Urteil auf eine falsche Urkunde, auf eine falsche eidliche Aussage, auf ein dem Strafurteil zu Grunde liegendes, in der Zwischenzeit aufgehobenes Zivilurteil zurückzuführen ist. Daß in solchen Fällen, wo der Angeklagte auf Grund offensichtlich falscher Beweismittel verurteilt worden ist, Abhilfe notwendig ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Selbstverständlich ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens auch dann ohne weiteres zu gestatten, wenn der Angeklagte von einem Richter verurteilt worden ist, der sich dabei einer Pflichtverletzung schuldig gemacht hat.

Anders liegt der Fall bei § 359 Z. 5, wonach eine Wiederaufnahme nur dann zu gestatten ist, wenn eine Unrichtigkeit bezw. Unvollständigkeit der dem früheren Urteil zu Grunde liegenden Beweismittel festgestellt wird. Abgesehen davon, daß die Fälle unter Z. 1, 2, 4 von § 359 Z. 5 eigentlich mitumfaßt werden, liegt in einer derartigen Generalklausel immer eine gewisse Gefahr, die letzten Endes zur Beseitigung der Rechtskraft führen kann. Deshalb wird vom Gesetz verlangt, daß die im Wiederaufnahmeverfahren vorgebrachten Tatsachen neu sein müssen, bei der früheren Entscheidung also nicht in Betracht gezogen werden konnten. Um der Gefahr zu begegnen, daß solche Tatsachen oder Beweismittel willkürlich konstruiert und willkürlich vorgebracht werden, nur um erst einmal ein Wiederaufnahmeverfahren in Fluß zu bringen, wird verlangt, daß sie erheblich sein müssen, d. h. daß sie ge-

[117] Knapp 1911 S. 20, vergl. auch Schwarze 1879 S. 335, Herkerath S. 20, ebenso Löwe 17. Auflage, S. 795.

eignet sein müssen, eine von dem Urteil abweichende Entscheidung der Schuldfrage herbeizuführen.

Die Tatsachen, die zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führen, müssen also neu und erheblich sein. Durch diese Erfordernisse wird der Richter gezwungen, den bisher bekannten Sachverhalt neben neuvorgebrachten Beweismitteln nochmals genau zu prüfen und abzuwägen, ob das Neuvorgebrachte schon allein oder wenigstens im Zusammenhang mit dem bereits Bekannten zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens genügend ist. Daß hier, wo es sich meist um komplizierte Fälle handelt, ein bestimmtes Maß von freiem richterlichen Ermessen nur von Vorteil sein kann, ist einleuchtend, weil dadurch einerseits unnötige und unbegründete Wiederaufnahmegesuche von vornherein aussichtslos sind, andererseits aber auch eine Gewähr dafür geboten wird, daß in Zweifelsfällen ein Wiederaufnahmeverfahren auch tatsächlich gestattet wird.

IV. Daß übrigens die wichtigste Bestimmung des ganzen Wiederaufnahmeverfahrens der § 359 Z. 5 ist, beweist der Streit, der seit Jahrzehnten um seine Formulierung geführt wird. In der St. P. O. von 1877 ist angeordnet, „daß die neuen Tatsachen oder Beweismittel geeignet sein müssen, die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung herbeizuführen." Dagegen wurde, wie bereits bei Aufzählung der prinzipiellen Gründe gegen die Wiederaufnahme behandelt, hauptsächlich geltend gemacht, daß bei dieser Fassung eine Freisprechung des Verurteilten schon dadurch möglich werde, daß der frühere Belastungsbeweis sich nicht mehr führen lasse, weil die Beweismittel durch Zeitablauf abgeschwächt oder verloren gegangen sind. Deshalb wurde im E. 1894 sowie im Gesetz vom 20. Mai 1898 betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, vor allem aber im E. 1908 § 354 bestimmt, „daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur gestattet wird, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Unschuld des Verurteilten ergeben oder doch dartun, daß ein begründeter Verdacht gegen ihn nicht mehr vorliegt." [118]

[118] Hamm D.J.Z., Bd. 10, S. 711—713, Riss D.R.Z., 1909, S. 319.

Gegen diesen Reformvorschlag erhob sich sofort lebhafter Widerspruch. Darüber, daß bloße Zweifel an der Richtigkeit des Urteils zu einem Wiederaufnahmeverfahren nicht ausreichen, war sich alles einig.[119] Als Hauptgrund gegen eine Aenderung wurde jedoch geltend gemacht, durch die geplante Neufassung ergebe sich ein unerklärlicher Zwiespalt in der Theorie der Schuldermittlung. In der Hauptverhandlung müsse dem Angeklagten die Schuld nachgewiesen werden, um ihn bestrafen zu können, im Wiederaufnahmeverfahren soll er seine Unschuld beweisen müssen, um von Strafe frei zu werden.[120] Die weitaus überwiegende Zahl von Schriftstellern, die zum E. 1908 Stellung nehmen,[121] sowie der Deutsche Anwaltsverein haben denn auch für die Beibehaltung der alten Fassung des § 359 Z. 5 sich eingesetzt, weil durch den Reformvorschlag die Wirksamkeit des Wiederaufnahmeverfahrens überhaupt in Frage gestellt würde; jedenfalls würde, wie v. Lilienthal zutreffend bemerkt, ein Wiederaufnahmeverfahren auf Grund des neuen § 354 zu den größten Seltenheiten gehören. Zu einer derartigen Einschränkung des § 359 St. P. O., obwohl Klagen über zuweitgehende Anwendung nicht laut geworden sind, besteht zweifellos kein Anlass, weshalb die Regelung im geltenden Recht immer noch als die beste Lösung angesehen werden muß.

Wenn geltend gemacht wird, daß im § 436 Z. 5 der R. M. St. G. O. vom 1. 12. 1898 die neue Fassung bereits Gesetz geworden sei, so wird dies von Herkerath Z.[122] mit der besonderen Eigenart des militärgerichtlichen Verfahrens erklärt. Vom Soldaten wird in erster Linie Disziplin verlangt; eine Bloßstellung der irrenden Autorität ist für die militärische Disziplin unter Umständen gefährlicher als die Aufrechterhaltung eines Fehlurteils; deshalb paßt nach Herkerath die Vorschrift des § 436 Z. 5 R. M. St. G. O. zwar gut in das straffe Gefüge der militär. Organisation hinein, für den bürgerlichen Strafprozeß aber, für den die Herbeiführung der materiellen Wahrheit allein ausschlaggebend ist, ist diese Vorschrift zu starr.

[119] v. Lilienthal, Z. 29, S. 765.

[120] Lippman D.J.Z., Bd. 11, S. 990.

[121] Nagler G.S., Bd. 73, S. 223, Winkler G.S., Bd. 78, S. 352—353, Hippel in Mittermaier und Liepmann, Schwurgerichte und Schöffengerichte, Bd. 2, Heft I von 1909, S. 129—134.

[122] Herkerath S. 42—44.

Dazu kommt noch,[123] daß, wenn bereits das Beschlußgericht überzeugt sein muß, daß gegen den Angeklagten kein begründeter Verdacht mehr besteht, dadurch der Schwerpunkt des Verfahrens ins Vorverfahren verlegt wird; die Hauptverhandlung wird also unzulässigerweise ausgeschaltet, was sich auch mit dem Prinzip der Mündlichkeit nicht vereinbaren läßt. Deshalb hat v. Lilienthal[124] recht, wenn er erklärt: „Es heißt geradezu Unmögliches fordern, wenn man von dem Richter vorher die Entscheidung darüber verlangt, ob die neuen Umstände die Unschuld des Verurteilten beweisen. Es hätte noch weit mehr Sinn, die Aufhebung des Urteils in der neuen Hauptverhandlung vom Beweis der Unschuld abhängig zu machen, als die Entscheidung über die Zulässigkeit überhaupt."

Man muß also den Reformvorschlag als verfehlt bezeichnen, wenn auch nicht verkannt werden darf, daß eine Abhilfe gegen unberechtigte Freisprüche infolge des Verlorengehens der Belastungsbeweise unbedingt erforderlich erscheint. Hier kann nur die von Winkler in § 361 III vorgeschlagene Lösung empfohlen werden, wonach in solchen Fällen der Wiederaufnahmeantrag zurückzuweisen, gleichzeitig aber auszusprechen ist, daß die frühere Entscheidung nicht mehr vollstreckt werden darf. Auffallenderweise ist im E. 1920 § 349 I die Auffassung des E. 1908, wenn auch in besserer Formulierung beibehalten worden; auch Goldschmidt[125] hat sich kurzerhand der Begründung des E. 1908 S. 316—317 angeschlossen. Trotz dieser Stellungnahme für die neue Fassung wird, da das Problem bei künftigen Reformen zweifellos wieder aufgerollt wird, sich diese Auffassung kaum durchsetzen lassen, weil sie sich besonders bezüglich der Schuldermittlung mit anerkannten Verfahrungsgrundsätzen nicht in Einklang bringen läßt. Selbst wenn man, wie es bereits wieder geschieht, der Wiederaufnahme des Verfahrens infolge der erweiterten Einführung der Berufung durch die Novelle 1924 verringerte Bedeutung beimessen wollte, müßte dennoch eine so weitgehende Einschränkung wie die geplante Reform des § 359 Z. 5 als Rückschritt bezeichnet werden.

---

[123] Winkler G.S., Bd. 78, S. 355.

[124] v. Lilienthal Z. 29, S. 767.

[125] Goldschmidt, Jur. Wo., Bd. 49, S. 236 v. 1920.

§ 7.

Abgrenzungen.

I. Die Wiederaufnahme des Verfahrens setzt, wie sich schon aus der Ueberschrift des 4. Buches der St. P. O. ergibt, das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils voraus. Es wird ein die Hauptverhandlung abschließendes Urteil im Sinn des § 260 St. P. O. verlangt, also jedenfalls ein Urteil, das auf Freisprechung oder auf Verurteilung lautet.[126] Umstritten ist die Frage der Wiederaufnahme bei einem einstellenden Urteil. Das Einstellungsurteil hat in der Regel lediglich prozeßerledigenden Charakter, ohne daß über den materiellrechtlichen Strafanspruch entschieden wird. Es ist heute noch bestritten, ob bezüglich der Wiederaufnahme die Einstellung der Freisprechung gleichgestellt werden darf. Wenn ein Einstellungsurteil lediglich wegen eines prozessualen Mangels. der sich beheben läßt, etwa wegen eines fehlenden Strafantrags, ergangen ist, und es stellt sich z. B. heraus, daß demnächst ein noch wirksamer Strafantrag gestellt wird, so ist eine neue Verfolgung zweifellos möglich. Die Stellungnahme des R. G. Bd. 7 S. 355 ff., wonach auch hier ein Wiederaufnahmeverfahren in den Formen der § 359 ff. stattfinden kann, wird mit Recht als verfehlt angegriffen[127] mit der Begründung, eine Wiederaufnahme in den Formen der § 359 ff. sei deshalb nicht möglich, weil keiner der Gründe zutreffe, aus denen nach § 362 St. P. O. die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils erfolgen darf. Deshalb wird, wenn das normale Wiederaufnahmeverfahren versagt, eben eine neue Anklage erhoben werden müssen, da ja von einem Verbrauch der Strafklage im obengenannten Fall nicht die Rede sein kann.

Das Urteil muß zudem rechtskräftig sein, weil bei noch nicht rechtskräftigen Urteilen mit den ordentlichen Rechtsmitteln der Berufung und der Revision noch Abhilfe geschaffen werden kann. Die ordentlichen Rechtsmittel und die Wiederaufnahme schließen sich also aus; es gibt keine Wiederaufnahme gegen ein noch nicht rechtskräftiges Urteil, umgekehrt ist gegen ein rechtskräftiges Urteil nur noch Wiederaufnahme möglich und zwar nur unter bestimmten Voraussetzungen.

[126] Ueber die Zulässigkeit der Wiederaufnahme im Konfiskationsprozess. S. Schoetensack, Konfiskationsprozess, S. 125—126.

[127] Löwe N. 29 e, S. 311, Rintelen, S. 132 N. c, v. Kries 1892, S. 601.

II. Gegen Beschlüsse ist ein Wiederaufnahmeverfahren prinzipiell nicht möglich. Mit dem Wiederaufnahmeverfahren hat es überhaupt nichts zu tun, wenn ein Beschluß nach § 205 St. P. O., in dem wegen Abwesenheit oder Geisteskrankheit des Angeschuldigten die vorläufige Einstellung des Verfahrens angeordnet war, aufgehoben werden soll. Das gleiche gilt für einen Beschluß nach § 174 St. P. O., wenn der Antrag auf Erhebung der öffentlichen Anklage verworfen worden ist oder für einen Beschluß nach § 211 St. P. O., wenn die Eröffnung der Hauptverhandlung durch einen nicht mehr anfechtbaren Beschluß abgelehnt worden ist. Hier handelt es sich nicht um eine Wiederaufnahme des alten Verfahrens, sondern um eine neue Erörterung des Falles; es ist einleuchtend, daß auch solche Erörterungen nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel angestellt werden sollen. Diese §§ besagen also, daß die früheren Beweise durch die ablehnenden Beschlüsse nur soweit konsumiert sind, daß sie allein und ohne Hinzutritt neuer Beweise die Basis einer neuen Anklage nicht bilden können.[128] Wenn der § 211 St. P. O. von einer Wiederaufnahme redet, so ist damit jedenfalls nicht die Wiederaufnahme im engeren Sinne, sondern nur die neue Erörterung des Falles gemeint.

Gemäß § 154 St. P. O. wird das Verfahren vorläufig eingestellt, wenn die im vorliegenden Fall zu erwartende Strafe wegen einer bereits rechtkräftigen schweren Strafe oder wegen einer noch zu erwartenden schweren Strafe nicht ins Gewicht fällt. Auch hier kann unter Berücksichtigung der Verjährungsgrundsätze das Verfahren nachträglich wieder aufgenommen werden. Auch diese Wiederaufnahme hat nichts mit der Wiederaufnahme im eigentlichen Sinn zu tun, weil es sich auch hier lediglich um eine Wiederaufnahme eines noch nicht abgeschlossenen Verfahrens handelt.

Auch gegen Beschlüsse nach § 322 und § 346 St.P.O., durch die das Rechtsmittel der Berufung bezw. Revision als unzulässig verworfen wird, kann entgegen der von Kries vertretenen Auffassung[129] eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht in Betracht kommen, weil diese Beschlüsse, die die Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig aussprechen, nur in

[128] Schwarze 1879, S. 327, v. Kries 1880, S. 413 ff.
[129] v. Kries 1892, S. 703, v. Kries 1888, S. 416.

der beratenden Sitzung ergehen. Wenn nämlich der Gesetzgeber die Möglichkeit offen läßt, daß die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels in jedem Fall vom erkennenden Gericht durch Urteil getroffen wird, während die Verwerfung durch Beschluß in der Regel nur in glatten Fällen erfolgt, so ist daraus zu schließen, daß der Gesetzgeber die Urteile des erkennenden Gerichts anders behandelt wissen will, als die Beschlüsse, die von der Kammer im gewissermaßen vereinfachten Verfahren erlassen worden sind.

III. Umstritten ist in der Rechtswissenschaft die Frage, ob man gegen Strafbefehle das Wiederaufnahmeverfahren zulassen soll.[130] Vom geltenden Recht wird eine Wiederaufnahme gegen Strafbefehle nicht gestattet unter Berufung auf die Ansicht des R. G. Bd. 4 S. 246, wonach ein Strafbefehl überhaupt keine die Strafklage verbrauchende Wirkung habe.

Allmählich hat dann das R. G.[131] seine Ansicht dahingehend revidiert, daß ein Verbrauch der Strafklage nur insoweit eintrete, als die erneute Hauptverhandlung denselben Tatbestand ergibt, wegen dessen schon im Strafbefehl die Strafe ausgesprochen wurde. Dagegen wird es als zulässig erachtet, dieselbe Tat nochmals unter einem rechtlichen Gesichtspunkt zu verfolgen, welcher im früheren Strafbefehl nicht gewürdigt war und eine erhöhte Strafbarkeit begründet. Dabei muß eine früher ausgesprochene Strafe, weil gemäß § 73 St. G. B. nur eine Strafe ausgesprochen werden darf, an der neu zu verhängenden Strafe in Abzug gebracht werden.

Obwohl also im § 410 St. P. O. bestimmt ist, daß ein Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt, darf nach geltender Rechtsprechung ein Strafbefehl einem rechtskräftigen Urteil nur bezüglich der Anfechtbarkeit und der Vollstreckbarkeit gleichgestellt werden. Ein Verbrauch der Strafklage dagegen tritt nur durch ein Verfahren ein, in dem der Richter die unter Anklage stehende Tat nach allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen in der Lage war, was beim Strafbefehlsverfahren nicht der Fall ist.

Barbarino hat nicht ganz unrecht, wenn er behauptet, die

---

[130] Vergl. Löwe N. 2 vor § 353, Merkel Z. 35, S. 553.

[131] R.G., Bd. 46, S. 53.

Gerichtspraxis habe sich hier contra legem entwickelt,[132] es sei inkonsequent, daß man einerseits dem Strafbefehl die volle Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zuerkenne, während man andererseits den Schutz des Angeklagten gegen eine wiederholte Verfolgung ausschließe. Auch das Strafbefehlsverfahren wolle die Sache zur endgültigen Erledigung bringen, also müsse man auch hier die Wirkung der Rechtskraft im vollen Umfang eintreten lassen.

Eine Folge der beschränkten Rechtskraftswirkung des Strafbefehls ist es also auch, daß man gegen den Strafbefehl eine Wiederaufnahme nicht zulassen will. Begründet wird diese Ansicht damit, daß eine Wiederaufnahme mit der Natur des Strafbefehlverfahrens sich nicht vereinbaren lasse. § 359 Z. 1 rede ausdrücklich von einer früheren Hauptverhandlung, während beim Strafbefehlsverfahren eine solche Hauptverhandlung nicht stattgefunden habe. Ferner werde in § 359 ausdrücklich ein rechtskräftiges Urteil verlangt, eine urteilsähnliche Entscheidung im Sinn des § 410 St.P.O. genüge nicht. Auch könne man das Verbot des Wiederaufnahmeverfahrens gegenüber einem Strafbefehl durch die Einfachheit und Geringfügigkeit der Strafbefehlssachen motivieren.[133]

Dem ist entgegenzuhalten, daß man die §§ 359 und 410 St. P. O. nicht all zu eng auslegen und nicht zu sehr am Buchstaben haften darf. Für die Zulassung der Wiederaufnahme gegenüber einem Strafbefehl spricht jedenfalls ein praktisches Bedürfnis.[134] Deshalb hat, während die älteren Entwürfe zur Reform der St. P. O. an der Auffassung des R. G. und der bisherigen Regelung festhalten,[135] der Entwurf 1920 eine Wiederaufnahme gegen Strafbefehle vorgesehen. Der Deutsche Anwaltsverein hatte bereits im Jahre 1918 eine entsprechende Forderung aufgestellt.[136] Die Novelle 1924 hat am bisher geltenden Wiederaufnahmeverfahren nichts geändert, sie hat jedoch das Anwendungsgebiet des Strafbefehlsverfahrens in beträchtlichem Umfang erweitert. Deshalb ist der Beschluß der juristischen Arbeitsgemeinschaft[137] zu § 37 der Verordnung

[132] Barbarino, S. 53—57.
[133] Schwarze 1879, S. 328.
[134] Alsberg Jur.Wo., Bd. 53, S. 824.
[135] Löwe N. 29 f., S. 372.
[136] Jur.Wo., Bd. 48, S. 778.
[137] D.J.Z. 1924, Bd. 29, S. 418.

vom 4. 1. 1924 begrüßenswert, der einen neuen Abs. III zu § 37 einfügen will, wonach eine Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig sein soll, wenn durch Strafbefehl eine Freiheitsstrafe angeordnet ist. Bei einer kommenden Reform muß die einseitige Bestimmung, daß nur bei einer Freiheitsstrafe Wiederaufnahme zulässig sein soll, vollends fallen gelassen und das Wiederaufnahmeverfahren gegen einen Strafbefehl zugelassen werden, gleichgültig ob eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe darin ausgesprochen worden ist. Diese Forderung ist umsomehr berechtigt, als durch Strafbefehl neuerdings Geldstrafen ohne bestimmten Höchstbetrag verhängt werden können und die Bedeutung der Geldstrafe gegenüber der kurzfristigen Freiheitsstrafe noch im Wachsen ist, was besonders in der Verordnung über Vermögensstrafen und Geldbußen vom 6. 2. 1924 zum Ausdruck kommt. Unter Angabe von Zitaten stellt neuerdings auch Neumann[138] fest, daß die Befürworter des Wiederaufnahmeverfahrens gegen Strafbefehle zahlreicher werden und daß deren Ansicht gelegentlich auch in der Rechtsprechung Anerkennung findet. Es ist also unter diesen Umständen kaum noch daran zu zweifeln, daß das Wiederaufnahmeverfahren gegen Strafbefehle in der künftigen Strafprozeßordnung Eingang finden wird.

[138] Neumann, G.A., Bd. 72, 1928, S. 180—184.

II. TEIL.

Vergleichende Darstellung des Wiederaufnahmeverfahrens nach geltendem Recht und nach den Reformvorschlägen.

Bei Behandlung des Wiederaufnahmeverfahrens nach geltendem Recht ist zu bedenken, daß das 4. Buch der St. P. O. über die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens heute noch in der Fassung vom 1. Februar 1877 in Gültigkeit ist, daß also durch die Novelle 1924 am Wiederaufnahmeverfahren nichts geändert worden ist. Bei der Novelle 1924 handelt es sich vor allem um eine grundlegende Aenderung der Gerichtsorganisation; infolge des drohenden Stillstands der Rechtspflege wegen außerordentlicher Ueberlastung der Strafgerichte in der Inflations- und Nachinflationszeit war eine rasche Abhilfe dringend notwendig geworden, weshalb diese Aenderung auch auf dem Weg der Notverordnung durchgeführt worden ist. Dabei blieb dem Gesetzgeber keine Zeit, Einzelheiten bezüglich des Verfahrens oder bestimmte Abschnitte der St. P. O., die nicht im Mittelpunkt des allgemeinen Interesses stehen, neu zu regeln. Auch rechnete man schon damals damit, daß nach Abschluß der Reform des St. G. B. eine Anpassung der St. P. O. an das neue St. G. B. notwendig werden wird, weshalb man eine endgültige Reform der St. P. O. auf später verschoben hat. Daß auch das Wiederaufnahmeverfahren reformbedürftig ist, beweisen die Abänderungsvorschläge in den zahlreichen Entwürfen und Einzelabhandlungen. Besonders der E. von 1908, Winkler's Abhandlung zur Reform des Wiederaufnahmeverfahrens in G. S. Bd. 78 S. 331 ff. von 1911 und der E. von 1920 bringen wesentliche Neuerungen auf dem Gebiet des Wiederaufnahmeverfahrens. Um einen Ueberblick über das Wiederaufnahmeverfahren im geltenden Recht und seine zukünftige Ausgestaltung zu bekommen, ist eine Heranziehung dieser Reformvorschläge unentbehrlich, weshalb bei den einzelnen Fragen immer kurz auf die geplanten Reformen eingegangen werden soll.

Bei der Behandlung des geltenden Rechts folgt man am besten der Einteilung Löwe's,[139] wonach im 4. Buch der St. P. O. behandelt sind:

1. Die Gründe der Wiederaufnahme in den §§ 359, 362, 363, wobei die Fragen der §§ 364 und 370 mitzubehandeln sind.
2. Die sonstigen Vorbedingungen des Antrags in den §§ 361, 366, und der Einfluß des Antrags auf die Strafvollstreckung in § 360.
3. Das Verfahren über den Wiederaufnahmeantrag in seinen drei Stadien in den §§ 367—373.

I. Abschnitt.

I. Die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 8.

Die Wiederaufnahmegründe.

Um Wiederholungen zu vermeiden, empfiehlt es sich, zunächst die bei der Wiederaufnahme zu Gunsten und der Wiederaufnahme zu Ungunsten gleichermaßen gewährten Wiederaufnahmegründe zu behandeln, sodann die beiden nur zu Gunsten und den einen nur zu Ungunsten gewährten Wiederaufnahmegrund. Daß eine entsprechende Behandlung sich auch für den Gesetzgeber empfehlen würde, weil dadurch die doppelte Aufzählung derselben Wiederaufnahmegründe in § 359 Z. 1—3 und § 362 Z. 1—3 vermieden wird, ergibt sich aus der Regelung im E. 1908, bei Winkler, und im E. 1920, wo man die bei der Wiederaufnahme zu Gunsten und der Wiederaufnahme zu Ungunsten übereinstimmenden Gründe auch nur einmal aufgezählt hat.

A. Die gemeinsamen Wiederaufnahmegründe.

1. Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens findet nach § 359 bezw. § 362 Z. 1 statt, „wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Ungunsten bezw. Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht war."

[139] Löwe, 17. Aufl. vor § 359 N. 4, S. 762.

Warum unter Urkunde nur eine Urkunde im engeren, prozessualen Sinn des § 249 St. P. O. gemeint sein soll, ist nicht erfindlich, obwohl diese Auffassung vielfach vertreten wird.[140] Wahrscheinlicher ist die materiellrechtliche, weitere Auffassung, wonach der Begriff Urkunde nicht auf Schriftstücke zu beschränken, sondern z. B. auch auf Augenscheinsobjekte auszudehnen ist.[141] Jedenfalls muß die Urkunde unecht, d. h. fälschlich angefertigt oder verfälscht sein, wobei nach herrschender Ansicht nicht verlangt wird, daß der Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt ist. Es genügt also das Vorliegen einer objektiv falschen Urkunde, wobei das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes der Urkundenfälschung nicht geprüft zu werden braucht.[142] Auch im Falle des § 359 Z. 1 ist zwar erforderlich, daß ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Allerdings hat der Angeklagte die Wahl, ob er die gefälschte Urkunde nicht als neues Beweismittel im Sinn des § 359 Z. 5 gebrauchen will; dann bleibt ihm ein besonderes gerichtliches Verfahren erspart, weil bei Anwendung des § 359 Z. 5 ein rechtskräftiges Urteil nicht vorausgesetzt wird.

Anders verhält es sich mit der Frage, ob die gefälschte Urkunde für das angefochtene Urteil kausal sein muß. Wenn man Kausalzusammenhang verlangt, läßt sich infolge des Prinzips der freien Beweiswürdigung im Einzelfalle schwer feststellen, ob das Urteil gerade auf der gefälschten Urkunde beruht oder ob das Gericht auch ohne diese Urkunde zum selben Ergebnis gekommen wäre. Wenn man keinen Kausalzusammenhang verlangt, hätte die uneingeschränkte Zulassung des Wiederaufnahmeverfahrens eine unerträgliche Erschütterung des Rechtskraftsprinzips zur Folge. Deshalb hat der Gesetzgeber in § 370 Abs. 1 St. P. O. vermittelnd bestimmt, daß der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ohne mündliche Verhandlung als unbegründet dann zu verwerfen ist, „wenn in den Fällen des § 359 bezw. 362 Z. 1 und 2 nach Lage der Sache die Annahme ausgeschlossen ist, daß die in diesen Bestimmungen bezeichnete Handlung auf die Entscheidung Einfluß

---

[140] v. Kries 1892, S. 704, Binding, Grundriss 1904 § 125.

[141] Löwe N. 5 zu § 359, Puchelt, S. 654, Stenglein, S. 594 N. 5, Wörmann N. 2, S. 2.

[142] Löwe N. 7 zu § 359, Geyer 1880, S. 842, Dochow 1880, S. 321, Ullmann 1893, S. 626, v. Kries 1880, S. 426, v. Kries 1892, S. 704.

gehabt hat." Diese Regelung hat sich in der Praxis bewährt und ist deshalb auch vom E. 1908 beibehalten worden, während im E. 1920 auffallenderweise Kausalzusammenhang verlangt wird, indem der § 348 bestimmt, daß das Urteil auf den Inhalt einer fälschlich angefertigten oder verfälschten Urkunde oder auf einem falschen Zeugnis oder Gutachten beruhen muß.

Besonders zu beachten ist, daß die falsche Urkunde bezw. Zeugenaussage im Falle des § 359 Z. 1 und 2 zu Ungunsten des Angeklagten vorgebracht sein muß. Eine Wiederaufnahme ist also trotz der Falschheit der Urkunde oder der Aussage ausgeschlossen, wenn das fragliche Beweismittel im Urteil ausdrücklich für einflußlos erklärt worden ist oder wenn es nur zu Gunsten des Angeklagten oder nur für die Frage der Straf-Zumessung von Einfluß war. Dasselbe gilt in entsprechender Umkehrung für § 362 Z. 1 und 2.

2. Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil beschlossenen Verfahrens findet nach § 359 bezw. § 362 Z. 2 statt, „wenn durch Beeidigung eines zu seinen Ungunsten abgelegten Zeugnisses oder abgegebenen Gutachtens der Zeuge oder Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat."

Aus der Bestimmung, daß es sich um eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Eidespflicht handeln muß, ergibt sich ohne weiteres, daß in diesem Fall vom geltenden Recht das Vorliegen einer strafbaren Handlung verlangt wird.[143] Diese Regelung wird mit Recht bekämpft; es wird neuerdings übereinstimmend gefordert, daß ein objektiv falsches Zeugnis genügen muß, um eine Wiederaufnahme einzuleiten, weil es häufig vorkommt, daß ein Angeklagter auf Grund eines objektiv falschen Zeugnisses verurteilt worden ist, ohne daß dem Zeugen eine vorsätzliche oder auch nur fahrlässige Verletzung der Eidespflicht zur Last gelegt werden kann. Soll in diesem Fall eine Wiederaufnahme des Verfahrens unzulässig sein, obwohl ein entschuldbarer Irrtum des Zeugen klar auf der Hand liegt? Dieses Ergebnis ist in hohem Grade unbillig; deshalb hat sich auch der E. 1908 und Winkler mit dem Vorliegen eines objektiv falschen Zeugnisses begnügt, während

[143] Löwe N. 8 zu § 359, Rosenblatt Z. 29, S. 485, v. Kries G.S. 26, S. 169.

der E. 1920 wieder auf die Fassung des geltenden Rechts zurückgreift.

Auch bedeutet es eine Ueberschätzung des Eides, wenn die unwahre unbeeidigte Aussage als Wiederaufnahmegrund nicht anerkannt wird, weil eben nur eidliche Zeugnisse oder Gutachten in Betracht kommen. Natürlich findet auch hier der § 364 St. P. O. Anwendung; es muß also vor Einleitung des Wiederaufnahmeverfahrens ein rechtskräftiges Urteil erwirkt werden, wodurch, wie Ditzen[144] mit Recht bemerkt, die Zahl der Meineidsanzeigen ohne Not vermehrt wird, obwohl schon vorher mehr als genug derartige Anzeigen einlaufen und meist ergebnislos bleiben.

Die Wiederaufnahmegründe des § 359 Z. 1 und 2 werden übrigens vom E. 1908 und vom E. 1920 sowie von Winkler in einem § zusammengefaßt, was bei der Aehnlichkeit der Gründe und bei der gleichartigen Behandlung im Gesetz zur Vereinfachung des Verfahrens beiträgt. So gilt z. B. auch bezüglich des Kausalzusammenhangs (§ 370 Abs. 1 St. P. O.) für § 359 Z. 2 dasselbe wie oben für Z. 1.

3. Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil beschlossenen Verfahrens findet nach § 359 bezw. § 362 Z. 3 ferner statt, „wenn bei dem Urteil ein Richter, Geschworener oder Schöffe mitgewirkt hat, welcher in Beziehung auf die Sache sich einer Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht und nicht vom Verurteilten selbst veranlaßt ist."

§ 369 Z. 3 setzt also eine mit krimineller Strafe bedrohte Verletzung der Amtspflicht durch eine Gerichtsperson voraus und zwar muß der Richter bei dem angefochtenen Urteil, nicht etwa bei der Voruntersuchung mitgewirkt haben; eine lediglich disziplinarisch strafbare Handlung eines Richters genügt nicht. Auch muß der Richter sich in Beziehung auf die Sache einer Amtspflichtverletzung, z. B. einer Geschenkannahme nach § 334 St. G. B. oder einer Rechtsbeugung nach § 336 St. G. B. schuldig gemacht haben; eine strafbare Handlung gegenüber der Person des Angeklagten, z. B. eine Aussageerpressung durch einen beauftragten Richter nach § 343 St. G. B. kommt als Wiederaufnahmegrund nicht in Betracht.

[144] Ditzen, G.S. 47, S. 126.

Gleichgültig ist, ob die Amtspflichtverletzung des Richters auf die Entscheidung von Einfluß war; das Erfordernis der Kausalität wird also bei § 359 Z. 3 nicht aufgestellt, weil die Amtspflichtverletzung eines Richters so schwerwiegender Natur ist, daß das Urteil in seinem ganzen Umfang anfechtbar werden muß, auch wenn der bestochene Richter bei der Abstimmung überstimmt worden ist, auf das Urteil also keinen direkten Einfluß ausgeübt hat. Voraussetzung für eine Wiederaufnahme zu Gunsten im Fall des § 359 Z. 3 ist ferner, daß der Verurteilte nicht selbst, sei es unmittelbar oder auch nur mittelbar, die Pflichtverletzung veranlaßt hat. Diese Bestimmung ist im E. 1908, bei Winkler und im E. 1920 beseitigt, weil, wie es in der Begründung zum E. 1908 S. 315 heißt, der Angeklagte für die Bestechung eines Richters in einem besonderen Verfahren zu bestrafen ist, daneben aber die strafweise Aufrechterhaltung des auf ungesetzliche Weise zustande gekommenen Urteils nicht gerechtfertigt ist.

Als Mangel wird es empfunden, daß eine Wiederaufnahme nicht auch bei Amtspflichtverletzung des Staatsanwalts, des Verteidigers oder des Gerichtsschreibers zugelassen wird;[145] eine entsprechende Bestimmung wäre in einen künftigen Entwurf aufzunehmen, obwohl die bisherigen Reformvorschläge sich ablehnend verhalten haben.

Im E. 1908 § 352 ist die Bestimmung enthalten, daß bei Amtspflichtverletzung eines Richters die Wiederaufnahme von der Staatsanwaltschaft zu beantragen sei. Nach Hippel[146] ist die besondere Festlegung einer Antragspflicht der Staatsanwaltschaft überflüssig, weil der Staatsanwalt als Hüter der Gesetze bei Gesetzesverletzungen sowieso alle erforderlichen Maßregeln zu ergreifen hat. Auch v. Kries[147] lehnt eine derartige Bestimmung ab, weil man, wenn der Angeklagte selbst kein Interesse an einem Wiederaufnahmeantrag hat, vom Staatsanwalt erst recht nicht verlangen kann, daß er die Interessen dieses gleichgültigen Angeklagten wahrnimmt. Deshalb hat auch Winkler eine entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen, während im E. 1920 für den Fall der Amtspflichtver-

[145] v. Kries 1880, S. 420.
[146] Hippel 1909, Bd. 2. Heft 1, S. 129, Hipppel Z. Bd. 41, S. 366.
[147] v. Kries, 1880, S. 421.

letzung des Richters wieder eine Antragspflicht des Staatsanwalts vorgesehen ist.

Ebenso wendet sich Rosenblatt[148] gegen die Bestimmung in § 357 des E. 1908, die von Winkler in § 356 IV und vom E. 1920 in § 352 gleichlautend übernommen worden ist. Danach soll ein Wiederaufnahmeantrag wegen Amtspflichtverletzung des Richters bei dem Gericht angebracht werden, bei dem der Schuldige als Gerichtsperson mitgewirkt hat. Rosenblatt hat Recht, wenn er speziell in diesem Fall feststellt, daß die gegenteilige Bestimmung eher am Platz wäre, wonach der Wiederaufnahmeantrag nicht beim gleichen Gericht angebracht werden darf, eine Frage, auf die bei der Stellung des judex a quo im 3. Teil der Arbeit noch des näheren einzugehen ist.

B. Die zu Gunsten des Verurteilten gewährten Wiederaufnahmegründe.

1. Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens findet nach § 359 Z. 4 statt, wenn ein zivilgerichtliches Urteil, auf welches das Strafurteil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urteil aufgehoben ist".

Dieser Grund wird wenig praktisch, weil ein Strafurteil nur selten auf ein zivilgerichtliches Urteil gegründet ist. Das Strafgericht ist ja nach § 262 St. P. O. nicht an die vorherige Entscheidung des Zivilgerichts gebunden; wenn auch die Möglichkeit besteht, das Strafverfahren solange auszusetzen, bis über das Zivilrechtsverfahren entschieden ist, so entsteht auch hierdurch für den Strafrichter keinerlei Bindung. Außerdem ist ein an die Stelle eines früheren Zivilurteils getretenes, neues Zivilurteil nichts anderes als ein neues Beweismittel im Sinne des § 359 Z. 5, sodaß für einen speziellen Wiederaufnahmegrund nach § 359 Z. 4 kein Raum ist. Deshalb hat der E. 1908 (vergl. die Begründung dazu auf Seite 317—318) diesen Wiederaufnahmegrund fallen gelassen, ebenso Winkler und der E. 1920, ohne daß dadurch eine Lücke im Wiederaufnahmeverfahren entstanden ist.

2. Die Wiederaufnahme zu Gunsten eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens findet schließlich nach § 359 Z. 5 statt, „wenn neue Tatsachen oder Beweismit-

[148] Rosenblatt, Z. 29, S. 485 ff.

tel beigebracht werden, welche allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung zu begründen geeignet sind. In den vor dem Amtsrichter oder dem Schöffengerichte verhandelten Sachen können nur solche Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, welche der Verurteilte in dem früheren Verfahren einschließlich der Berufungsinstanz nicht gekannt hat oder ohne sein Verschulden nicht geltend machen konnte".

a) Daß dieser Wiederaufnahmegrund bei weitem der häufigste und wichtigste des ganzen Wiederaufnahmeverfahrens ist, ist oben in § 6 IV bereits dargetan, wo das Problem der Formulierung dieses § des näheren behandelt worden ist. Auch aus der historischen Entwicklung des Wiederaufnahmeverfahrens, wie sie in § 3 I geschildert ist, ergibt sich, daß ein Teil der Schriftsteller die Wiederaufnahme nur unter dem allgemeinen Gesichtspunkt des Vorbringens neuer Tatsachen oder Beweismittel zulassen wollte, während daneben sich doch allmählich eine Anzahl von spezielleren Wiederaufnahmegründen herausbildete. Daß dabei eine Abgrenzung schwierig ist und daß nicht selten eine neu vorgebrachte Tatsache sowohl unter § 359 Z. 1 und 2, als auch unter § 359 Z. 5 fallen kann, hat sich in der Praxis des öfteren gezeigt. Solange es noch keinen allgemeinen Wiederaufnahmegrund im Sinne des § 359 Z. 5 gab, war es auch verständlich, daß, wie z. B. im § 443 C. J. C.[149] die Doppelverurteilung eines Angeklagten wegen derselben Tat noch als besonderer Wiederaufnahmegrund aufgezählt wird, während die besondere Aufnahme dieses Wiederaufnahmegrunds im § 353 Z. 3 der noch jetzt geltenden österr. St. P. O. neben dem allgemeinen Wiederaufnahmegrund des § 353 Z. 2 österr. St. P. O. überflüssig ist. Heute hat sich jedenfalls diese Auffassung durchgesetzt, daß ein früheres rechtskräftiges Urteil in derselben Sache, das später aufgefunden wird, lediglich als ein neues Beweismittel im Sinn des § 359 Z. 5 anzusehen ist.[150]

b) Daß die Tatsachen, die zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führen sollen, neu und erheblich sein müssen, ist

[149] Schwarze 1851, S. 554, Arnold G.S., Bd. 1, 3. Jahrang, S. 54.

[150] So übereinstimmend Winkler G.S. 78, S. 372, Schwarze 1879, S. 339, Olbricht G.A. 48, S. 108; anderer Ansicht Rosenblatt Z. 29, S. 491

schon oben in § 6 III ausgeführt worden. Dabei ist die Neuheit[151] eines Beweismittels nicht in Beziehung auf den Angeklagten, sondern in Beziehung auf das erkennende Gericht zu prüfen. Nach Auffassung der Reichstagskommission Protokoll S. 620[152] sind „als neue Tatsachen und Beweismittel diejenigen anzusehen, welche z. Zt. der Entscheidung noch nicht vorgelegen haben, also zufolge der Aktenklage sich als neu dokumentieren, gleichgültig ob der Angeklagte sie damals gekannt hat oder nicht".

Auch die Frage, ob die vorgebrachten Tatsachen erheblich sind, ist im Vorverfahren jedesmal unter Berücksichtigung des gesamten Akteninhalts zu prüfen. Das beschließende Gericht muß sich also auf den Standpunkt des erkennenden Richters stellen und sich darüber schlüssig machen, ob die Tatfrage anders als geschehen entschieden worden wäre, wenn das neue Beweismittel damals schon vorgelegen hätte.

Als neues Beweismittel gilt also jede neue, dem erkennenden Gericht bisher nicht bekannte Tatsache, vorausgesetzt, daß sie erheblich ist, z. B. auch die Aussage eines Zeugen, der bis zum Erlasse des Endurteils sein Zeugnis verweigert hat, aber nachträglich zum Zeugnis bereit ist. Bestritten ist die Frage, ob auch ein neues Sachverständigengutachten als neues Beweismittel anzusehen ist. Die Frage wird verneint,[153] weil ein Sachverständiger im Gegensatz zum Zeugen fungibel sei. Es ist zwar richtig, daß es Sache des Gerichtes ist, darüber zu entscheiden, ob ein Sachverständigengutachten überhaupt erforderlich ist. Wenn aber auf Grund eines Fortschritts der Wissenschaft sich die frühere Beurteilung z. B. irgend einer naturwissenschaftlichen Streitfrage als unrichtig erwiesen hat, so wird man ein neues Sachverständigengutachten unbedingt als neues Beweismittel ansehen und eine Wiederaufnahme des Verfahrens zulassen müssen, was auch von der herrschenden Meinung anerkannt wird.[154] Ebenso verhält es sich mit der Frage, ob der § 81 St. P. O. (Beobachtung des Angeklagten auf seinen Geisteszustand) auch im Wiederaufnahmeverfahren anzuwenden ist. Auch das Resultat

[151] Löwe N. 22 zu § 359.

[152] Schwarze 1879, S. 339.

[153] Vergl. O.L.G. Düsseldorf vom 22. 4. 25 im Recht, Bd. 29, S. 453.

[154] Alsberg S. 111, Winkler G.S. 78, S. 370, Kohler G.A. 61, S. 193 ff.

einer Beobachtung des Angeklagten auf seinen Geisteszustand kann eine vom früheren Urteil abweichende Auffassung des Gerichts herbeiführen, also ein neues erhebliches Beweismittel im Sinne des § 359 Z. 5 sein.[155]

c) Die neuen Tatsachen oder Beweismittel müssen geeignet sein, die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung zu begründen. Der Wiederaufnahmeantrag im Fall des § 359 Z. 5 richtet sich nach der älteren, strengeren Auffassung lediglich gegen die Entscheidung in der Schuldfrage; es kann also nur ein freisprechendes, nicht aber ein einstellendes Urteil gemeint sein.[156] Nach der neueren, milderen Auffassung sind aber der Entscheidung in der Schuldfrage alle Fragen gleichgestellt, welche die Existenz und das Erlöschen des staatlichen Strafanspruchs betreffen, also die Fragen der Strafmündigkeit, der Zurechnungsfähigkeit, der Verjährung, der rechtskräftigen Aburteilung.[157]

Die Einstellung des Verfahrens wegen eines dieser Gründe ist gleichbedeutend mit einem freisprechenden Urteil über die Tatfrage. Anders verhält es sich dagegen beim Mangel einer Prozeßvoraussetzung oder beim Vorliegen eines Prozeßhindernisses; darauf darf nach herrschender Ansicht ein Wiederaufnahmeantrag nicht gegründet werden.[158] Winkler gestattet eine Wiederaufnahme auch in diesem Fall; er will überhaupt die ganze Streitfrage aus der Welt schaffen und schlägt deshalb die Aufnahme eines § 351 a Abs. 2 vor, wonach als Freisprechung auch die Einstellung des Strafverfahrens, die Unzulässigkeit der Strafverfolgung oder der Gebrauch einer ähnlichen Formel im Urteil oder im Antrage gilt. Die gleiche Streitfrage entsteht auch bei der Formulierung des E. 1908, wo als Voraussetzung der Wiederaufnahme auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel der Nachweis der Unschuld des Verurteilten verlangt wird. Auch hier wird sich die Frage erheben, ob man den Nachweis der Unschuld eines Angeklagten

[155] Alsberg, S. 108, Winkler G.S. 78, S. 371.

[156] So noch R.G. 19, S. 321, Stenglein S. 596, bayer. O.L.G., Bd 5, S. 287, O.L.G. Braunschweig in GA. 39, S. 363.

[157] So Löwe N. 20 zu § 359, ausserdem Spindler G.A. 53, S. 433, v. Kries 1880, S. 707 zu R.G. 20, S. 46, Kahl Z. f. Rechtspfl. in Bayern, Bd. 5, S. 187, Michel, eben dort, Bd. 8, S. 355, O.L.G. Köln in G.A. 48, S. 102.

[158] Löwe N. 20, zu § 359.

nur durch ein von Schuld freisprechendes Urteil oder auch durch ein aus prozessualen Gründen einstellendes Urteil als geführt ansehen will, weshalb eine ausdrückliche Regelung nach Winkler's Vorschlag wünschenswert ist.

Eine Wiederaufnahme des Verfahrens auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel findet auch statt, wenn dieselben in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung zu begründen geeignet sind. Unter einem milderen Strafgesetz versteht man das Gesetz, das in abstracto eine geringere Strafdrohung enthält. Wenn ein solches Gesetz im gegebenen Fall tatsächlich anzuwenden ist, dann hat aber der erkennende Richter immer noch zu prüfen, ob auch eine geringere Bestrafung angemessen erscheint oder ob es trotz des milderen Gesetzes bei der ausgesprochenen Strafe sein Bewenden hat. Im letzteren Fall ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens ausgeschlossen, weil es keinen Zweck hat, ein von vornherein zur Erfolglosigkeit verdammtes Wiederaufnahmeverfahren überhaupt zuzulassen. Die Auffassung Eckstein's,[159] das Verfahren sei stets wieder aufzunehmen, wenn ein milderes Gesetz zur Anwendung kommt, weil schon die Tatsache der Anwendung eines milderen Gesetzes geeignet sei, eine mildere Strafe zu rechtfertigen, entspricht nicht der Praxis und läßt sich auch aus dem Wortlaut des § 359 Z. 5 nicht herauslesen.

d) Interessant ist der Vorschlag Winkler's in § 351a a), wonach eine Wiederaufnahme des Verfahrens zwecks Herbeiführung einer geringeren Bestrafung in Anwendung eines milderen Strafgesetzes dann nicht stattfinden soll, wenn nach Lage des Falls eine erhebliche Herabsetzung der Strafe innerhalb derselben Strafart oder der Wegfall einer Nebenstrafe nicht zu erwarten ist, es sei denn, daß die Strafe noch nicht vollständig vollstreckt ist oder daß der Angeklagte an der Zulassung der Wiederaufnahme ein besonderes, strafrechtlich zu beachtendes Interesse nachweist.

Die österr. St. P. O. kennt in § 356 eine entsprechende Bestimmung für die Wiederaufnahme zum Nachteil; eine Wiederaufnahme zum Nachteil soll nur in engeren Grenzen zugelassen werden, weshalb eine derartige Bestimmung, die auch Winkler in § 351a b) aufgenommen hat, begrüßenswert ist. Daß jedoch die Bestimmung in § 351a a) leicht dazu miß-

[159] Eckstein G.S. 85, S. 110.

braucht werden kann, auch die Wiederaufnahme zum Vorteil mehr als notwendig einzuschränken, ist eine Gefahr, die nicht unterschätzt werden darf. Deshalb hat es auch der E. 1920 bei der bisherigen Regelung belassen, die den Vorteil der kürzeren Fassung und besseren Uebersichtlichkeit für sich hat und zu besonderen Beanstandungen bisher nicht geführt hat.

Umstritten ist die Frage, ob die Einschränkung des Vorbringens neuer Tatsachen oder Beweismittel bei Amts- oder Schöffengerichtssachen gerechtfertigt ist. In § 359 Z. 5 Abs. 2 ist nämlich bestimmt, daß in den vor dem Amtsrichter oder den Schöffengerichten verhandelten Sachen nur solche Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden können, welche der Verurteilte in dem früheren Verfahren einschließlich der Berufungsinstanz nicht gekannt hatte oder ohne sein Verschulden nicht geltend machen konnte. Zunächst ist festzustellen, daß nichtvorgebrachte nova, die dem Angeklagten schon während des Verfahrens bekannt und zugänglich waren, nicht allzu häufig und nur von geringer Bedeutung sind, weil dem Angeklagten doch in der Regel darum zu tun ist, das gesamte zu seiner Entlastung dienende Beweismaterial schon in der ersten Instanz vorzubringen. Hat der Angeklagte tatsächlich einen wesentlichen Gesichtspunkt nicht vorgebracht, weil er ihn vielleicht nicht richtig beurteilt hat, so darf man ihm die Möglichkeit, diesen Gesichtspunkt doch noch vorzubringen, nicht abschneiden. Die Vorschrift des § 359 Z. 5 Abs. 2 bedeutet nach Kraft [160] einen Verstoß gegen das Prinzip der materiellen Wahrheit; man mag den säumigen Angeklagten wegen des Nichtvorbringens evtl. durch Versagen einer Geldentschädigung, wie sie prinzipiell den im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen auf Grund des Gesetzes vom 20. Mai 1898 gewährt wird, beschweren; ihm die Wiederaufnahme überhaupt zu versagen, ist nicht angängig. Auf dem Gebiet des Vermögensrechts ist der Grundsatz, daß schuldhaftes Versäumnis schadet, allgemein anerkannt; auf dem Gebiet des Strafrechts dagegen ist kein Raum für eine entsprechende Regelung. So wendet sich die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller gegen die Beibehaltung des § 359 Z. 5 Abs. 2,[161] für den nur v. Kries

[160] Kraft, Jur. Wo., Bd. 51, S. 936.

[161] Alsberg, S. 52, Kohler G.A. 61, S. 193, Dörr, Recht, Bd. 17, S. 306, Lippmann, D.J.Z., Bd. 11, S. 990.

und Hamm[162] mit wenig stichhaltigen Gründen eintreten. Baumbach[163] weist mit Recht darauf hin, daß die Beschränkung des § 359 Z. 5 Abs. 2 noch schwerwiegender geworden ist seit der Novelle 1924. Neuerdings liegt ja beim Einzelrichter und bei den Schöffengerichten der Schwerpunkt der gesamten Strafrechtspflege erster Instanz, weshalb eine Beseitigung dieser Vorschrift noch dringender geworden ist. Schon in der R. M. St. G. O. von 1898 und im E. 1908 ist diese Beschränkung fallen gelassen worden. Wenn überhaupt eine Beschränkung notwendig ist, so ist nach Kraft eine Kannvorschrift genügend, eine obligatorische Zurückweisung ist allenfalls noch bei Uebertretungssachen verständlich, weil man die Gerichte nicht unnötigerweise mit Wiederaufnahmeanträgen in Bagatellsachen belasten will, bei Privatklagesachen aber entgegen der Bestimmung im E. 1920 § 349 III in keiner Weise angebracht.

Wenn schließlich die Vorschrift des § 359 Z. 5 Abs. 2 damit verteidigt wird, daß bei Amts- und Schöffengerichtssachen eine Berufungsinstanz vorhanden sei, in der Abhilfe geschaffen werden könne, so sind dem die Ausführungen in § 5 II entgegenzuhalten, wonach Wiederaufnahme und Berufung grundsätzlich nicht miteinander verquickt werden dürfen.

e) Schon bei den Wiederaufnahmegründen des § 359 Z. 1—3 war des öfteren vom Verhältnis zu § 364 St. P. O. die Rede. § 364 St. P. O. bestimmt, daß ein Antrag auf Wiederaufnahme, welcher auf die Behauptung einer strafbaren Handlung gegründet werden soll, nur dann zulässig ist, wenn eine rechtskräftige Verurteilung wegen dieser Handlung vorausgegangen ist.

Es ist nicht verwunderlich, daß die strengen Verfechter des Rechtskraftsprinzips[164] auch beim § 359 Z. 5 die Voraussetzung des § 364 verlangen. Gegen diese Auffassung spricht der Sinn des § 359 Z. 5, in dem nicht von einer strafbaren Handlung, sondern nur davon die Rede ist, daß die Wiederaufnahme auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden soll. Es werden sich stets neue Tatsachen und Beweis-

---

[162] v. Kries 1880, S. 437, Hamm, D.J.Z., Bd. 10, S. 711—13.

[163] Baumbach, D.J.Z., Bd. 29, S. 89.

[164] So vor allem West, Z. 16, S. 247, G.S. 56, S. 180, G.S. 61, S 147. Kammergericht in G.A. 68, S. 291, v. Kries 1880, S. 444, 1892, S. 702.

mittel anführen lassen, die keinen Vorwurf einer strafbaren Handlung gegenüber einem Dritten enthalten; gerade diese Fälle sollen vom § 359 Z. 5 erfaßt werden. Daß diese Auffassung die einzig richtige ist, geht aus den Motiven zu § 324 des E. einer St. P. O. (jetzt § 364) hervor, wo ausdrücklich erklärt wird, daß der § 364 sich nur auf § 359 bezw. 362 Z. 1—3 beziehe. Löwenstein [165] hat Recht, wenn er feststellt, die Auffassung West's mache den wertvollsten Wiederaufnahmegrund geradezu wertlos. Rosenblatt [166] nennt die Zulassung des Wiederaufnahmeverfahrens bei § 359 Z. 5 ohne vorheriges rechtskräftiges Urteil ein dringendes Gebot der Gerechtigkeit. So geht auch heute die herrschende Ansicht [167] dahin, daß der § 364 sich nur auf § 359 Z. 1—3, nicht aber auf § 359 Z. 5 beziehen kann, was entgegen der Auffassung von v. Kries keine übermässige Erschütterung des Rechtskraftsprinzips bedeutet, sondern nur eine Erleichterung der Wiederaufnahme, die im Interesse des Verurteilten zu begrüssen ist.

Auch Winkler [168] hat zur Frage des § 364 Stellung genommen und formuliert seinen § 353 II folgendermaßen: „Wird behauptet oder muß nach Lage der Sache dem Antrag die Behauptung entnommen werden, daß durch die Benutzung der falschen Urkunde oder durch das falsche Zeugnis oder das falsche Gutachten eine strafbare Handlung begangen sei, so kann das Gericht, wenn wegen derselben ein gerichtliches Verfahren anhängig ist, bis zur rechtskräftigen Erledigung des letzteren die Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag aussetzen." Damit wird prinzipiell auf das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils verzichtet; selbst im Falle, daß eine strafbare Handlung behauptet wird, ist nur fakultative Aussetzung des Wiederaufnahmeverfahrens bis zur Entscheidung im gerichtlichen Verfahren vorgesehen, es könnte also in einfachen Fällen sofort über den Wiederaufnahmeantrag entschieden werden. Dies kommt beinahe einem Verzicht auf Beibehaltung des § 364 gleich und es fragt sich, ob man dann nicht auch noch im Falle des § 347 E. 1920 (Amtspflichtver-

---

[165] Löwenstein D.J.Z. 1901, S. 558.

[166] Rosenblatt G.S. 53, S. 450.

[167] Löwe zu § 364 N. 1, Ditzen Z. 18, S. 56, G.S. 47, S. 126, Kohler G.A. 61, S. 134, Alsberg S. 115, 118.

[168] Winkler G.S. 78, S 361—69.

letzung eines Richters), wo allein noch die rechtskräftige Aburteilung verlangt wird, auf diese Voraussetzung verzichten soll. Schon Arnold[169] hat sich gegen die Idee des § 364 ausgesprochen. Daß man ohne die Beschränkung des § 364 auskommt, beweist auch die österr. St. P. O., die einen derartigen § nicht kennt, ohne daß diese Regelung zu einer Häufung der Wiederaufnahmeanträge bezw. zu einer Erschütterung des Rechtskraftsprinzips geführt hätte.

Im § 364 ist übrigens bestimmt, daß, wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen kann, dem Wiederaufnahmeantrag auch ohne vorausgegangenes besonderes Verfahren stattzugeben ist. Unter anderen Gründen versteht man alle Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art, die die Aburteilung eines Beschuldigten unmöglich machen, so vor allem Tod, Abwesenheit, Verjährung. Ist dagegen ein Angeklagter wegen Mangels an Beweisen freigesprochen worden, so hat er gegen dieses freisprechende Urteil keine Wiederaufnahmemöglichkeit; wenn man bedenkt, daß auch ein Freispruch wegen Mangels an Beweisen noch einen erheblichen Makel an der Ehre des Freigesprochenen hinterlassen kann, so bedeutet diese Bestimmung eine gewisse Härte,[170] die in einer künftigen St. P. O. besser beseitigt wird.

C. Der zu Ungunsten des Verurteilten gewährte Wiederaufnahmegrund.

Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten findet nach § 362 Z. 4 statt: „Wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der strafbaren Handlung abgelegt wird."

Daß diese Bestimmung im Interesse des Ansehens der Rechtspflege dringend erforderlich ist, ohne daß der Freigesprochene durch die erneute Verfolgung sich beschwert fühlen kann,[171] weil ja die Wiederaufnahme infolge einer Handlung des Angeschuldigten selbst in die Wege geleitet wird, ist bereits im § 4 III bei Behandlung der Frage, ob eine Wiederaufnahme

---

[169] Arnold G.S. 1 von 1851, S. 61.

[170] So auch Hachenburg in D.J.Z. 1928, S. 1527, zum Hussmannprozess.

[171] v. Kries 1880, S. 441—42.

zum Nachteil überhaupt gestattet werden soll, hervorgehoben worden.

Daß speziell der § 362 Z. 4 reformbedürftig ist, ist eine Tatsache, die allgemein anerkannt wird. Im § 362 Z. 4 ist vom Geständnis eines Freigesprochenen die Rede. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kann man darunter nur verstehen, daß der Angeklagte hinsichtlich der in Frage stehenden Tat völlig freigesprochen worden ist. Nach geltendem Recht ist also eine Wiederaufnahme des Verfahrens gegen einen nachträglich des Mords Geständigen, der etwa nur wegen unbefugten Schießens an bewohnten Orten gemäß § 367 Z. 8 St. G. B. rechtskräftig verurteilt worden ist, nicht möglich. Gegen diese unhaltbare Konsequenz wendet sich mit Recht der Reformvorschlag in E. 1908 § 355, wo an die Stelle von „Freigesprochener" einfach „Angeklagter" gesetzt ist.[172] Dadurch wird es ermöglicht, daß auch ein Angeklagter, der wegen einer minder schweren Tat verurteilt worden ist, als er sich in Wirklichkeit hat zu Schulden kommen lassen, wegen der schwereren Tat noch nachträglich zur Verantwortung gezogen werden kann.[173] Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist ja der einzige Weg, auf dem hier noch Abhilfe geschaffen werden kann, weil der Erhebung einer neuen Strafklage der Grundsatz ne bis in idem entgegensteht.

Durch diese Regelung würde auch die Streitfrage über die Wiederaufnahme zu Ungunsten bei teilweiser Freisprechung beseitigt werden. Unter teilweiser Freisprechung versteht man die Fälle, daß ein Angeklagter zwar verurteilt, seine Tat aber minder schwer als im Eröffnungsbeschluß geschehen, qualifiziert worden ist. Während eine Anzahl Schriftsteller[174] in solchen Fällen eine Wiederaufnahme zum Nachteil gestatten will, ist die herrschende Ansicht, die sich auf den Gesetzeswortlaut stützt, auch hier gegen eine Wiederaufnahme des Verfahrens.

Gleichgültig ist, ob das Geständnis vor Gericht oder außergerichtlich abgelegt worden ist, weshalb sowohl im E. 1908 wie bei Winkler und im E. 1920 die Bestimmung „vor Gericht oder außergerichtlich" überhaupt weggelassen worden ist.

---

[172] Ebenso Merkel Z. 35, S. 553.

[173] So auch Goldschmidt, Jur.Wo. 49, S. 236.

[174] v. Kries 1880, S. 443, Schwarze 1879, S. 342.

Jedenfalls aber ist erforderlich, daß das Geständnis glaubwürdig ist; es kann sich also, wie in den Protokollen S. 623 gesagt ist, nur um ernstlich gemeinte Erklärungen handeln, nicht aber um solche, welche auf bloßer Ruhmredigkeit oder Prahlerei beruhen. Während ferner das geltende Recht Freisprechung, also rechtskräftig freisprechendes Urteil und nachheriges Geständnis verlangt, ist bei Winkler und im E. 1920 bestimmt, daß das Urteil nur verkündet zu sein braucht; es genügt also auch ein Geständnis in der Zeit von der Verkündung bis zur Rechtskraft des Urteils, das bisher, weil eine Wiederaufnahme zum Nachteil auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel nicht möglich ist,[175] auch als neues Beweismittel nicht verwertet werden konnte.

Ferner ist in § 362 Z. 4 bestimmt, daß der Freigesprochene ein Geständnis der „strafbaren Handlung" abgelegt haben muß. Es ist also nicht erforderlich, daß der Freigesprochene ein Geständnis seiner Schuld ablegt;[176] es genügt, daß er den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung einräumt, wobei zu beachten ist, daß die Tat mit der unter Anklage gestellten identisch sein muß, während die rechtliche Qualifikation sehr wohl eine andere sein kann.[177]

D. Die Beschränkung des § 363 St. P. O.

§ 363 St. P. O., der sowohl bei der Wiederaufnahme zu Gunsten wie bei der zu Ungunsten Anwendung findet, bestimmt, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens zum Zwecke der Aenderung der Strafe innerhalb des durch dasselbe Gesetz bestimmten Strafrahmens nicht stattfindet. Während also eine Berufung bezüglich des Strafmaßes möglich ist, ist eine Wiederaufnahme bezüglich des Strafmaßes ausgeschlossen. Wenn auch Kohler [178] diese Bestimmung als unbillig bezeichnet, spricht doch das Verlangen nach Rechtsbeständigkeit und zweckentsprechender Durchführung des Rechtskraftsprinzips für deren Beibehaltung. Es besteht kein Anlaß, die Befugnisse des Richters auf dem Gebiete der Strafzumessung durch prozeßrechtliche Vorschriften einzuengen, während im E. zum neuen St. G. B. noch eine Ausdehnung der richterlichen Macht-

[175] Vergl. aber österr. St.P.O. § 355, Z. 2.

[176] Schwarze 1879, S. 343.

[177] Darüber besonders Dalke in G.A. 34, S. 81.

[178] Kohler G.A. 61, S. 194, ebenso Hellwig 1914, S. 103.

befugnisse in dieser Hinsicht vorgesehen ist. Deshalb muß die einmal vom Richter ausgesprochene Strafe hingenommen werden, weil gerade der Richter, der sich unmittelbar nach der Tat mit der Sache befaßt hat, am besten in der Lage ist, eine angemessene Strafe zu finden. Bei erneuter Prüfung der Strafzumessungsfrage im Wiederaufnahmeverfahren müßte sich das Bedenken, ob das neue Urteil auch das bessere ist, noch verstärken, weil gerade bei der Strafzumessung eine Reihe von Gefühlsmomenten hereinspielen, die bei einer Wiederaufnahme nach längerer Zeit unberücksichtigt bleiben würden. Deshalb hat auch der E. 1908, Winkler und der E. 1920 die Bestimmung des § 363 St. P. O. entsprechend übernommen.

Zunächst ist zu prüfen, was der Gesetzgeber unter „demselben Gesetz" versteht. Als ein anderes Gesetz im Sinn des § 363 ist nicht bloß jede Vorschrift zu verstehen, welche einen selbständigen strafrechtlichen Tatbestand enthält, sondern auch die Vorschrift, die bestimmte, die Strafbarkeit erhöhende oder vermindernde Tatumstände vorsieht. Nicht dasselbe Gesetz ist z. B. jede qualifizierte oder privilegierte Straftat im Verhältnis zur einfachen Straftat, so z. B. § 220 I und § 220 II St. G. B. Auch die Rückfallsbestimmungen als besondere die Strafbarkeit erhöhende Umstände gelten als besondere Gesetze; in allen diesen Fällen ist also eine Wiederaufnahme des Verfahrens möglich. Anders verhält es sich hinsichtlich der Zubilligung mildernder Umstände, wie es bei einzelnen Tatbeständen des St. G. B. vorgesehen ist. Die Frage, ob man einem Angeklagten mildernde Umstände zubilligen will, ist jedenfalls nur eine Sache der Strafzumessung. Deshalb ist hier nur dasselbe Gesetz zur Anwendung gebracht worden, ob man nun mildernde Umstände zugebilligt oder versagt hat, so daß eine Wiederaufnahme nur wegen der Frage der Zubilligung mildernder Umstände ausgeschlossen ist.

§ 9.

Die sonstigen Vorbedingungen des Wiederaufnahmeantrags. Der Einfluß des Wiederaufnahmeantrags auf die Strafvollstreckung.

I. Das Wiederaufnahmeverfahren setzt stets einen Antrag voraus. Diese Bestimmung ist im geltenden Recht zwar nicht ausdrücklich aufgenommen worden, ergibt sich aber aus

§ 365 St. P. O., wonach die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel (§ 296—303 St. P. O.) auch bei dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens Anwendung finden sollen. Zur Stellung eines Wiederaufnahmeantrags sind alle Beteiligten berechtigt, in erster Linie der Verurteilte selbst, dessen gesetzlicher Vertreter, der Eheman einer verurteilten Ehefrau, außerdem der Verteidiger eines Verurteilten, jedoch nicht gegen dessen ausdrücklichen Willen, sowie der Staatsanwalt.

Umstritten ist die Antragsberechtigung des Privatklägers und des Nebenklägers. Aus § 390 I S. 2, wo neben der Befugnis der Rechtsmitteleinlegung auch von der Befugnis der Stellung eines Wiederaufnahmeantrags in den Fällen des § 362 die Rede ist, ergibt sich, daß der Privatkläger allerdings nur zu Ungunsten eines Angeklagten einen Wiederaufnahmeantrag stellen kann. Aus der Bestimmung § 390 I S. 3, worin auf § 301 verwiesen ist, darf man jedenfalls nicht schließen, daß der Privatkläger auch zu Gunsten eines Verurteilten einen Wiederaufnahmeantrag stellen kann, sondern nur, daß die vom Privatkläger angefochtene Entscheidung auch zu Gunsten des Verurteilten abgeändert werden kann. Der Privatkläger hat zwar die Parteistellung des Staatsanwalts, nicht aber dessen Amtsstellung.[179] Nur aus der Amtsstellung des Staatsanwalts ergibt sich die Befugnis, Rechtsmittel zu Gunsten des Angeklagten zu ergreifen. Weil der Privatkläger diese Amtsstellung nicht einnimmt, hat er auch keine Befugnis, Rechtsmittel zu Gunsten des Angeklagten einzulegen bezw. eine Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten herbeizuführen. Vollends ausgeschlossen ist, daß ein Nebenkläger berechtigt ist, Wiederaufnahmeanträge zu stellen.[180] In § 401 St. P. O. ist auch nur davon die Rede, daß der Nebenkläger sich der Rechtsmittel bedienen könne, im Gegensatz zu § 390 I, wo den Rechtsmitteln der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ausdrücklich gleichgestellt ist. Ewald's[181] Begründung, die Nebenklage setze eine erhobene öffentliche Klage voraus, an die sich der Nebenkläger anschließen könne, die Wiederaufnahme leite dagegen ein vollständig neues Verfahren ein, es sei also

[179] Löwe N. 2 zu § 390.

[180] Bennecke 1895, S. 778, Oetker, Rechtsgang, Bd. 3, S. 395, Gleispach 1924, § 196, S. 299, anderer Auffassung Löwe N. 6 zu 401.

[181] Ewald, 1924, S. 66.

nichts da, woran sich der Nebenkläger anschließen könne, ist durchaus beizupflichten. Also kann, da ein Anschluß des Nebenklägers erst nach Zulassung des Wiederaufnahmeantrags möglich ist, von einem Recht des Nebenklägers, einen Wiederaufnahmeantrag selbst zu stellen, nicht die Rede sein.

Eine Wiederaufnahme von Amts wegen ist dem geltenden Recht unbekannt;[182] im E. 1908 wird aber dem Staatsanwalt im Falle der Amtspflichtverletzung des Richters eine Stellung des Wiederaufnahmeantrags zur Pflicht gemacht; der Vorschlag ist auch im E. 1920 aufgenommen worden, obwohl er mehrfach (vergl. oben § 8 A 3) abgelehnt worden ist. Mit Ausnahme dieser Bestimmung ist übrigens die Formulierung in E. 1920 § 351 I begrüßenswert, weil sie die Vorschriften über Antragsberechtigung klar und deutlich zusammengefaßt hat mit den Worten: „Die Wiederaufnahme des Verfahrens setzt einen Antrag voraus. Alle Beteiligten können den Antrag stellen. Für den Antrag gelten die §§ 293—297 (allgemeine Vorschriften über Rechtsmittel) entsprechend."

Begrüßenswert ist auch, daß im E. 1908, bei Winkler und im E. 1920 das erweiterte Antragsrecht der Verwandten im Falle, daß der Verurteilte gestorben ist, erst beim vereinfachten Verfahren des § 363 behandelt wird, was zur Uebersichtlichkeit dieses Verfahrens beiträgt. Hier soll nur ausgeführt werden, daß der § 361 II geltenden Rechts im Interesse der Herstellung der Familienehre unbedingt erforderlich ist, weshalb auch die Ausdehnung des Antragsrechts auf den Ehegatten, die Verwandten auf- und absteigender Linie, sowie Geschwister sich als zweckmäßig erweist. Zu erwägen wäre noch, ob man in diesem Falle nicht auch dem Verteidiger ein Antragsrecht geben soll,[183] weil der Verteidiger, der den Fall behandelt hat, oft besser in der Lage ist, die Voraussetzung für eine Wiederaufnahme nach dem Tode zu übersehen, als die Hinterbliebenen, die vielleicht gar nicht in das Strafverfahren eingeweiht waren. Das Antragsrecht des Staatsanwalts in diesem Fall[184] wird übrigens durch die Vorschrift des § 361 Abs. 2 St. P. O. nicht berührt.

[182] Siehe aber Basler St.P.O. § 129 I bei Schoetensack in G.S. 85, S. 359, sowie Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. 4. 1900 § 70, wo eine Wiederaufnahme von Amts wegen vorgesehen ist.

[183] Rosenblatt G.S. 53, S. 492, dagegen Winkler G.S. 78, S. 379.

[184] Vergl. Löwe N. 4 zu § 361.

II. Daß der Wiederaufnahmeantrag, geradeso wie die Berufung oder die Revision, an eine gewisse Form gebunden ist, ist selbstverständlich. § 366 St. P. O. bestimmt, daß der Antrag nur mittels einer von dem Verteidiger oder einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht wird. Während bei der Berufung und bei der Revision (§ 314, § 341) schriftliche Einlegung genügt, wird bei dem Wiederaufnahmeantrag wegen der Kompliziertheit des Sachverhalts oder der weittragenden Bedeutung des Falls eine vom Verteidiger oder von einem Rechtsanwalt unterzeichnete Schrift verlangt.

Durch diesen Formalisierungszwang wird auch erreicht, daß unnötige Wiederaufnahmeanträge nicht gestellt werden und daß die gestellten Wiederaufnahmeanträge ausreichend substantiiert werden, wodurch den Gerichten viel Arbeit erspart wird. Daneben genügt es aber auch, daß der Wiederaufnahmeantrag zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht wird. Diese Protokollierung durch den Gerichtsschreiber wird vielfach als ungenügend bezeichnet, weil der Gerichtsschreiber keine vollwertige juristische Vorbildung besitzt und bei den verwickelten Tatbeständen, wie sie bei Wiederaufnahmeanträgen die Regel sein werden, sich nicht zurecht findet.[185] Winkler hat deshalb die Beauftragung eines Richters mit der Entgegennahme der Wiederaufnahmeanträge vorgeschlagen, weil das Schicksal des ganzen Wiederaufnahmeverfahrens von der Formulierung des Antrags abhängig ist, und nur bei juristisch einwandfrei begründeten und abgefaßten Wiederaufnahmeanträgen auch Gewähr für den Erfolg eines Wiederaufnahmeverfahrens gegeben ist. Dem widerspricht zwar Alsberg,[186] der bei der bekannten Voreingenommenheit der Richter gegen Wiederaufnahmeanträge überhaupt die Bestellung eines Armenanwalts für zweckmäßiger hält. Jedenfalls sind nach der R. M. St. G. O. Erklärungen über Rechtsmitteleinlegung und Wiederaufnahmeverfahren zu Protokoll eines Gerichtsoffiziers oder eines richterlichen Militärjustizbeamten abzugeben.[187] Auch ist es bisher zwar überflüssig, aber nicht unzulässig, daß Richter bei Aufnahme von Revisions-

185 Winkler G.S. 78, S. 366—69.

186 Alsberg, S. 64—65.

187 Winkler G.S. 78, S. 366—67.

anträgen oder deren Begründung mitwirken.[188] Wenn man, was auch Winkler verlangt, ausdrücklich bestimmen würde, daß der Richter, welcher das angefochtene Urteil gefällt hat, nicht mit der Entgegennahme des Wiederaufnahmeantrags in derselben Sache beauftragt werden darf, so wäre die Beauftragung eines Richters der Bestellung eines Rechtsanwalts jedenfalls vorzuziehen. Eine Aenderung ist natürlich nicht erforderlich, soweit ein Wiederaufnahmeantrag seitens der Staatsanwaltschaft gestellt wird, was durch eine entsprechende Bestimmung im E. 1908 § 356 II sowie im E. 1920 § 351 III besonders zum Ausdruck gebracht ist.

Bezüglich des Inhalts des Wiederaufnahmeantrags ist im § 366 I bestimmt, daß in dem Antrag der gesetzliche Grund der Wiederaufnahme, sowie die Beweismittel angegeben sein müssen. Zunächst ist also auszuführen, auf welchen der im Gesetz vorgesehenen Wiederaufnahmegründe das beantragte Wiederaufnahmeverfahren gestützt werden soll. Daneben sind aber auch die Beweismittel anzugeben, der Wiederaufnahmeantrag ist also zu substantiieren. Dies geschieht am besten durch eine Gegenüberstellung des bisher bekannten Sachverhalts und der neu aufgetauchten, eine Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigenden Gesichtspunkte, wobei in dem Falle, daß eine Wiederaufnahme auf § 359 bezw. § 362 Z. 1—3 gestützt wird, auch das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils nachzuweisen ist. Ebenso hat der Verurteilte im Falle des § 359 Z. 5 S. 2 darzulegen, daß er die neuen Tatsachen oder Beweismittel im früheren Verfahren nicht gekannt hat oder ohne sein Verschulden nicht geltend machen konnte. Ferner ist gemäß § 370 I in den Fällen des § 359 bezw. 362 Z. 1 und 2 darzutun, daß die falsche Urkunde oder das falsche Zeugnis für das Urteil kausal gewesen sind.

III. Zu beachten ist, daß der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens auch durch die bereits erfolgte Strafvollstrekkung nicht ausgeschlossen wird (§ 361 I St. P. O.); gerade für den Fall, daß die Strafe ganz oder teilweise vollstreckt ist, hat der Angeklagte an der Wiederaufnahme des Verfahrens ein noch größeres Interesse, weil er jetzt neben der Feststellung seiner Unschuld auch einen wenigstens materiellen Ersatz

[188] Vergl. R.G. vom 21. 9. 1905 in D.J.Z. 1906, S. 84.

für die erlittene Unbill erstrebt. Daß auch nach dem Tod des Verurteilten die Wiederaufnahme des Verfahrens zu seinen Gunsten, wenigstens soweit vollständige Freisprechung in Betracht kommt, noch möglich ist, ist bei dem Wiederaufnahmeverfahren post mortem noch des näheren zu behandeln. Die Bestimmung in § 361 St. P. O. ist übrigens vom E. 1908, von Winkler und vom E. 1920 in ähnlicher Formulierung übernommen worden, woraus sich ihre praktische Notwendigkeit ergibt.

IV. In diesem Zusammenhang mag auch der § 360 St. P. O. behandelt werden, der bestimmt, daß durch den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens die Vollstreckung des Urteils nicht gehemmt wird, daß aber das Gericht einen Aufschub sowie eine Unterbrechung der Strafvollstreckung anordnen kann. Wie schon oben in § 5 ausgeführt, hat das Wiederaufnahmeverfahren prinzipiell keinen Suspensiveffekt; ein Aufschub oder eine Unterbrechung der Strafvollstreckung kann jedoch vom Gericht, falls notwendig, angeordnet werden.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist zu entnehmen, daß der die Wiederaufnahme anordnende Beschluß als solcher jedenfalls keine aufschiebende Wirkung hat, obwohl dies von der Rechtsprechung teilweise angenommen worden ist.[189] Winkler[190] hält es deshalb für notwendig, daß wenigstens in den Fällen, in denen das Gericht mit der Aufhebung des Urteils rechnet, also dann, wenn bereits die neue Hauptverhandlung angeordnet wird, auch die Hemmung der Strafvollstreckung ausdrücklich angeordnet wird. Dies muß, wie Winkler in § 357 II vorschlägt, zugleich im Wiederaufnahmebeschluß bestimmt werden, sodaß ein besonderer Beschluß nicht mehr erforderlich ist. Damit würde auch die Streitfrage bedeutungslos, ob der Wiederaufnahmebeschluß als solcher aufschiebende Wirkung hat oder nicht; gleichzeitig hätte in den Fällen, in denen mit einer Aufhebung oder Aenderung des Urteils gerechnet wird, der Angeklagte Anspruch auf Hemmung der Strafvollstrekkung, er wäre also nicht mehr vom richterlichen Ermessen abhängig. Wenn man bedenkt, daß der Fortgang der Strafvollstreckung in solchen Fällen für den Verurteilten vielfach eine

[189] So O.L.G. Köln vom 5. 8. 1884 in rhein. Archiv 75 II, S. 42 und O.L.G. Jena vom 12. 3. 1901 in thür. Blätter 48, S. 275.

[190] Winkler G.S. 78, S. 369.

Härte bedeutet, so wird man mit der ausdrücklichen Anordnung der Vollstreckungshemmung einverstanden sein.

Selbstverständlich ist, daß der Verurteilte gegen einen, die Hemmung der Strafvollstreckung ablehnenden Beschluß die sofortige Beschwerde gemäß § 372 St. P. O. hat. Weil eine derartige allgemeine Bestimmung über die sofortige Beschwerde bei Winkler im Gegensatz zum geltenden Recht nicht vorgesehen ist, ist im § 357 I für den speziellen Fall dieses Recht der sofortigen Beschwerde besonders zum Ausdruck gebracht.

II. Abschnitt.

Das Verfahren.

Gerade wie das geltende Recht, unterscheiden auch die Entwürfe ein regelmäßiges und ein vereinfachtes Verfahren; das letztere greift speziell bei der Wiederaufnahme nach dem Tod eines Verurteilten Platz.

Das regelmäßige Verfahren zerfällt normalerweise in 4 Stadien:

1. Die formale Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags § 367, § 368 St. P. O.
2. Erneute Beweisaufnahme, § 369 St. P. O.
3. Sachliche Entscheidung über die Begründetheit des Antrags § 370 St. P. O.
4. Erneute Hauptverhandlung § 373 St. P. O.

Besonders bei den Verfahrensvorschriften gibt es eine Reihe von Streitfragen, auf die bei den einzelnen Abschnitten näher einzugehen ist. Bevor die verschiedenen Stadien des Wiederaufnahmeverfahrens behandelt werden, wäre natürlich die Frage zu prüfen, welches Gericht eigentlich für das Wiederaufnahmeverfahren zuständig ist. Weil dabei aber auf das Problem des judex a quo eingegangen werden muß, soll diese Frage noch zurückgestellt und im 3. Teil der Arbeit im Zusammenhang behandelt werden.

§ 10.

Das regelmäßige Verfahren.

I. § 368 St. P. O. lautet: „Ist der Antrag nicht in der vorgeschriebenen Form angebracht, oder ist darin kein gesetzlicher Grund der Wiederaufnahme geltend gemacht oder kein

geeignetes Beweismittel angeführt, so ist der Antrag als unzulässig zu verwerfen.

Andernfalls ist er dem Gegner des Antragstellers unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung zuzustellen."

Zunächst ist also zu prüfen, ob die Formvorschriften des § 366 II vom Antragsteller eingehalten worden sind, sodann, ob der Antrag inhaltlich den Bestimmungen des § 366 I entspricht, ob also alle die oben in § 9 II am Ende genannten Voraussetzungen vorliegen, die sich aus den Vorschriften der §§ 364, 359 Z. 5, S. 2, 370 I St. P. O. ergeben.

Zu einer Streitfrage gibt die Fassung des § 368 II Anlaß; ein Teil der Schriftsteller [191] glaubt, aus dem „andernfalls" herauslesen zu müssen, daß schon vor Anhören des Gegners eine Entscheidung über die Zulassung des Antrags, also ein förmlicher Beschluß erforderlich sei. Andere Schriftsteller [192] sind dagegen der Auffassung, daß die Entscheidung über die Zulassung des Antrags erst nach Anhören des Gegners erfolgen dürfe, weil es keinen Sinn habe, einen Antrag zuzulassen, und dann erst den Gegner darüber zu hören, ob er zugelassen werden soll. Man könnte allerdings ein nachträgliches Anhören des Gegners nur als Beweisaufnahme nach § 369 I ansehen, was aber offenbar nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, weil sonst eine der beiden Bestimmungen in § 368 II oder § 369 I überflüssig wäre. Bei einer künftigen Reform muß eine derartige Unklarheit durch entsprechende Fassung vermieden werden, wie denn auch die Vorschläge in E. 1908 § 359 und E. 1920 § 355 klar ergeben, daß ein Anhören des Gegners vor Zulassung des Wiederaufnahmeantrags nicht stattfinden soll, sondern daß der Gegner erst nach Zulassung des Wiederaufnahmeantrags zu einer Erklärung aufzufordern ist, wobei sich allerdings aus der Stellung in den betreffenden §§ ergibt, daß diese Erklärung als Teil der neuen Beweisaufnahme anzusehen ist. Der Antrag ist dem Gegner des Antragstellers unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung zuzustellen. Diese Frist ist nicht als Präklusivfrist anzusehen, der Gegner kann sie also ohne Rechtsnachteil verstreichen lassen. Nach Ablauf der Frist ergeht aber nach bis jetzt geltendem

---

[191] Löwe N. 4 zu § 368, Woermann N. 3 zu § 408.

[192] v. Kries 1892, S. 711 und 1880, S. 454. Bennecke-Beling, S. 605, N. 4, Ewald, S 79 und 80.

Recht der Beschluß über die Zulassung, der an keinerlei Form gebunden ist.[193]

Als ein Lücke im Gesetz wird es empfunden, daß eine Ergänzung eines Wiederaufnahmeantrags nicht vorgesehen ist. Die Rechtsprechung ermöglicht neuerdings,[194] daß ein unvollständiger oder ein an einem andern, leicht zu behebenden Mangel leidender Antrag dem Antragsteller unter Bestimmung einer Frist zur Vervollständigung zurückgegeben wird. Dies ist umso vorteilhafter, weil ja ein Antrag nach Wegfall eines Mangels ohne weiteres wiederholt werden kann, sodaß dem Antragsteller, der zur Ergänzung des Mangels aufgefordert wird, unnötige Kosten und Zeitversäumnis erspart bleiben.[195]

II. Hat das Gericht den Antrag an sich für zulässig befunden, sind also die Formalien des § 368 erfüllt, so beauftragt dasselbe Gericht, soweit dies erforderlich ist, einen Richter mit der Aufnahme der angetretenen Beweise, § 369 I St. P. O. Diese Beweisaufnahme ist eine Voraussetzung für die materielle Entscheidung über die Begründetheit des Antrags, wie sie in § 370 I vorgesehen ist.

Im Verfahren gemäß § 370 sollen die Tatsachen klargestellt werden, die materiell geeignet sind, eine Wiederaufnahme herbeizuführen, nachdem bis jetzt lediglich die formellen Voraussetzungen geprüft worden sind. Oft wird allerdings eine Beweisaufnahme gar nicht notwendig sein, weil z. B. mit der rechtskräftigen Verurteilung des Hauptbelastungszeugen wegen Eidesverletzung die materielle Berechtigung des Wiederaufnahmeverfahrens nicht erst von der Erhebung besonderer Beweise abhängig gemacht zu werden braucht. Deshalb heißt es im Gesetz, daß eine derartige Vorbereitung der sachlichen Entscheidung nur stattfinden soll, „soweit dies erforderlich ist". Der Richter wird im Interesse der Entlastung der Hauptverhandlung von dieser Aufklärungsmöglichkeit in weitem Umfang Gebrauch machen, obwohl ein Versäumnis in dieser Beziehung dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereicht. Die in diesem vorbereitenden Verfahren aufgenommenen Beweise sind ja keine Unterlagen für das Urteil, sondern nur für die Frage, ob die sachlichen Wiederaufnahmevoraussetzungen vorliegen.

---

[193] Löwe N. 7 zu § 368.

[194] O.L.G. Königsberg, Beschluss vom 15. 1. 1925, Z. 46, S. 148.

[195] Löwe N. 5 zu § 368.

Wenn auch in diesem Verfahren eine Beweisaufnahme nicht oder nur über einzelne Punkte stattgefunden hat, so bringt jedenfalls nur die Hauptverhandlung endgültige Klarheit, weil in ihr infolge des Mündlichkeitsprinzips der ganze Prozeßstoff, der dem Urteil zu Grunde gelegt werden soll, nochmals aufgerollt werden muß.

Unter diesen Umständen hat das Beweisaufnahmeverfahren nach § 369 eine gewisse Analogie mit der Voruntersuchung, weshalb im § 369 III bezüglich der Anwesenheit der Beteiligten bei der Beweisaufnahme ausdrücklich auf die entsprechenden Vorschriften bei der Voruntersuchung verwiesen ist. Es gelten also z. B. auch hier die Vorschriften über Parteienöffentlichkeit nach § 193, 194 St. P. O. Geradeso, wie eine Ergänzung der Voruntersuchung gemäß § 202 St. P. O. zur besseren Aufklärung der Sache angeordnet werden kann, kann das Gericht auch bei einer Beweisaufnahme nach § 369 jederzeit eine weitere Erhebung von Beweisen beschließen,[196] insbesondere auch noch nach Eingang der in § 369 IV vorgesehenen Erklärungen.

§ 369 I bestimmt, daß das Gericht mit Aufnahme der angetretenen Beweise einen Richter beauftragt. Die Beauftragung eines Richters in diesem Zusammenhang hat nichts zu tun mit dem „beauftragten Richter" im technischen Sinn der St. P. O. Die Beweisaufnahme muß eben auf alle Fälle durch einen Richter vorgenommen werden; gleichgültig ist, ob dies nun gerade ein beauftragter oder ein ersuchter Richter ist;[197] beim Verfahren vor dem Einzelrichter nimmt übrigens der Amtsrichter in der Regel selbst die Beweise auf, sodaß hier von einer Beauftragung nicht die Rede sein kann. Aus der Bestimmung, daß der Richter die „angetretenen Beweise" aufnehmen soll, könnte man schließen, daß nur die vom Antragsteller und vom Gegner angebotenen Beweise aufgenommen werden sollen. Man wird sich jedoch hier kaum an den Wortlaut halten dürfen, weil nicht erfindlich ist, weshalb beim Wiederaufnahmeverfahren nicht auch am Offizialprinzip festgehalten werden soll. Deshalb ist Bennecke beizupflichten, wenn er ausführt, daß bei der neuen Beweisaufnahme das Gericht nicht auf die vom Antragsteller angetretenen Beweise be-

[196] Löwe N. 1a zu § 369.

[197] Löwe N. 2 zu § 369.

schränkt ist, sondern von Amts wegen alle erforderlichen Beweise erheben kann. Dabei darf das Gericht aber nicht nach andern Wiederaufnahmegründen suchen, also über den Wiederaufnahmeantrag hinausgehen; der Antrag beschränkt auch hier die richterliche Tätigkeit.[198] Daß neben der Beweisaufnahme in diesem Stadium des Verfahrens auch noch andere Untersuchungshandlungen, wie z. B. Beschlagnahme, Durchsuchung, Beobachtung des Verurteilten in einer Irrenanstalt gemäß § 81 St. P. O., Verhaftung des Angeklagten bei der Wiederaufnahme zu Ungunsten möglich sind, ist allgemein anerkannt.[199]

Eine Streitfrage erhebt sich darüber, ob die Zeugen und Sachverständigen in diesem vorbereitenden Verfahren beeidigt werden sollen. Nach Schwarze[200] hat die Praxis gezeigt, daß bei der erneuten Beweisaufnahme die sofortige Beeidigung außer in Notfällen, nicht ratsam ist, weil oft die völlige Unerheblichkeit der Aussage sich ergibt und hier die Beeidigung völlig nutzlos wäre. So hat auch § 369 II noch bestimmt, daß es dem Ermessen des Gerichts überlassen werden soll, ob die Zeugen und Sachverständigen eidlich vernommen werden sollen.

Die Reformvorschläge in E. 1908, bei Winkler und in E. 1920 geben dagegen den Forderungen des größeren Teils der Schriftsteller nach[201] und schreiben obligatorische Beeidigung der Zeugen vor, weil nur dann Gewähr geboten sei, daß nicht auf Grund unsicherer Zeugenaussagen ein Wiederaufnahmeverfahren herbeigeführt werden könne. Obwohl gegenwärtig eine Einschränkung der Eidesabnahme überhaupt verlangt wird, wird man bei der Beweisaufnahme im vorbereitenden Wiederaufnahmeverfahren kaum auf sofortige Beeidigung verzichten können, weil man es dem Rechtskraftsprinzip schuldig ist, daß eine Wiederaufnahme nur dann zugelassen wird, wenn der Wiederaufnahmeantrag durch beeidigte Zeugenaussagen oder Sachverständigengutachten gerechtfertigt erscheint.

---

[198] Bennecke 1895, S. 781, Bennecke-Beling, S. 605, Woermann N. 1 zu § 409, anderer Ansicht v. Kries 1892, S. 711 u. 1880, S. 457.

[199] Löwe N. 1 b und 5 zu § 369.

[200] Schwarze 1879, S. 346, ebenso v. Lilienthal, Z. 29, S. 769.

[201] v. Kries 1892, S. 712, Stenglein G.S. 62, S. 321, Koppmann § 445, Kommentar zur R.M.St.G.O.

In § 369 IV ist bestimmt, daß nach Schluß der Beweisaufnahme die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte unter Bestimmung einer Frist zur ferneren Erklärung aufzufordern ist. Diese fernere Erklärung wird nur dann möglich sein, wenn dem Angeklagten das bisher Ermittelte zugänglich gemacht wird. Deshalb muß ihm, falls er nicht persönlich bei der Beweisaufnahme zugegen war, Einsicht in die aufgenommenen Protokolle gewährt werden, obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt ist,[202] während die Staatsanwaltschaft gemäß § 33, § 196 St. P. O. vom Stande der Voruntersuchung jederzeit durch Akteneinsicht Kenntnis nehmen kann.

III. An dieses vorbereitende Verfahren, oder falls ein solches nicht erforderlich ist, unmittelbar an die Prüfung der formalen Zulässigkeit nach § 368 schließt sich das Verfahren über die sachliche Begründetheit nach § 370 St. P. O. an. In diesem Verfahren wird all das bisher Vorgebrachte, insbesondere auch die Ergebnisse der Beweisaufnahme, einer eingehenden Prüfung unterzogen, ob es auch materiell zur Zulassung einer Wiederaufnahme des Verfahrens ausreicht. Daß diese Prüfung weiter geht als die Prüfung nach § 368, ist selbstverständlich, weil dort z. B. nur das Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes überhaupt geprüft wird, während hier die Erheblichkeit des geltend gemachten Wiederaufnahmegrundes vom Richter abgewogen wird. Auf welche einzelnen Gesichtspunkte sich die Prüfung bezieht, ist bei den einzelnen Wiederaufnahmegründen verschieden und von Löwe in N. 3 a zu § 370 im einzelnen aufgezählt.[203]

Dieses Verfahren über die Begründetheit ist nach dem geltenden Recht schriftlich; in § 370 I ist ausdrücklich bestimmt, daß bei Fehlen einer Voraussetzung der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens „ohne mündliche Verhandlung" zu verwerfen ist. Hier setzt mit Recht Kritik ein; besonders Rosenblatt[204] fordert für das Vorverfahren nach § 370 mündliche Verhandlung, weil die Sache viel besser geklärt werden kann, wenn man mit dem Verurteilten den ganzen Sachverhalt in Rede und Gegenrede durchverhandelt; in erster Linie läßt sich

---

[202] Löwe N. 6 zu § 369.

[203] Vergl. auch Ewald, S. 87, 88.

[204] Rosenblatt Z. 23, S. 595 (Ungar. St.P.O., Artikel 455 u. 456), Rosenblatt Z. 29, S. 486—87.

durch die mündliche Verhandlung ermitteln, ob es sich um ein ernstliches Wiederaufnahmegesuch handelt oder ob das Gericht wieder einmal durch einen Querulanten unnötigerweise belästigt wird. Dadurch, daß man den Angeklagten zwingt, seine Sache selbst vorzutragen, wird er zum gründlicheren Ueberlegen gezwungen, wodurch manches zweifelhafte Wiederaufnahmegesuch gar nicht erst gestellt wird. Hamm erkennt zwar an, daß das bloß schriftliche Vorverfahren mangelhaft sei, lehnt aber die Anordnung einer fakultativen, vorgängigen mündlichen Verhandlung ab.[205] Während der E. 1908 noch an der Verwerfung ohne mündliche Verhandlung festhält, setzt sich die Literatur [206] mehr und mehr für die mündliche Verhandlung ein. Dabei braucht nicht besonders darauf hingewiesen zu werden, daß eine mündliche Verhandlung sowohl für das Verfahren nach §§ 367—68, wie das nach § 370 wünschenswert wäre. Winkler [207] schlägt denn auch in seinem § 360 eine fakultative mündliche Verhandlung im Vorverfahren vor, wobei er auf die Vorschriften über den Vortermin bei der Eröffnung des Hauptverfahrens (E. 1908 S. 207 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2) verweist. Damit wird dem Mündlichkeitsprinzip genügend Rechnung getragen; ein obligtorische mündliche Verhandlung bei offensichtlich zur Ablehnung reifen Wiederaufnahmeanträgen würde jedenfalls zu einer unnötigen Ueberspannung dieses Prinzips führen, die auch nicht im Sinne weitgehender Reformvorschläge liegen kann. Befremdlich ist, daß der E. 1920 in § 356 die mündliche Verhandlung nicht aufgenommen hat. Diese mündliche Verhandlung hat ja neuerdings in dem Antrag auf mündliche Verhandlung über den Haftbefehl (Haftnovelle vom 27. 12. 1926 § 114 d) eine gewisse Parallele erhalten, die ein Kennzeichen dafür ist, daß das Mündlichkeitsprinzip im Strafprozeßrecht konsequent durchgeführt werden soll, weshalb auch die gewünschte Aenderung des § 370 I bei der kommenden Reform sich durchsetzen wird.

In dem Beschluß nach § 370 St. P. O. liegt der Schwerpunkt des ganzen Wiederaufnahmeverfahrens.[208] Ergibt sich bei der Prüfung, daß eine der Voraussetzungen nicht erfüllt ist,

---

[205] Hamm D.J.Z. 1903, Bd. 8, S. 62 und 1905 Bd. 10, S. 711—13.

[206] Nagler G.S. 73, S. 223, Alsberg 1913, S. 76.

[207] Winkler G.S. 78, S. 373.

[208] Vergl. Löwe N. 1 zu § 370.

dann ist der Antrag, wie bereits oben ausgeführt, ohne mündliche Verhandlung als unbegründet zu verwerfen; damit ist das Wiederaufnahmeverfahren beendet. Eine Verwerfung als unzulässig soll nach E. 1908 § 358 II und E. 1920 § 354 II auch stattfinden, wenn der Antrag ausschließlich auf Behauptungen oder Beweismittel gestützt wird, die bereits durch einen nicht mehr anfechtbaren Beschluß zurückgewiesen worden sind. Obwohl aus der Rechtskraft des die Wiederaufnahme ablehnenden Beschlusses bisher schon gefolgert wurde,[209] daß ein neuer Antrag nicht auf dieselben Tatsachen und Beweismittel gestützt werden kann, trägt die ausdrückliche Aufnahme dieser Bestimmung dazu bei, unnötig oft wiederholte Wiederaufnahmegesuche von Querulanten von vorneherein unmöglich zu machen und ist deshalb begrüßenswert.[210]

Sind dagegen sämtliche Voraussetzungen erfüllt, so verordnet das Gericht gemäß § 370 II St. P. O. die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Hauptverhandlung. Mit diesem Beschluß läßt sich, wie oben § 9 IV bereits ausgeführt, ein Beschluß über die Aussetzung der Strafvollstreckung verbinden, wie in § 360 I St. P. O., allerdings nur fakultativ, vorgesehen ist. Der Beschluß gemäß § 370 St. P. O. ist Voraussetzung für die erneute Hauptverhandlung und bindet, sobald er mit dem Rechtsmittel der Beschwerde nicht mehr anfechtbar, also rechtskräftig geworden ist, das erkennende Gericht; dieses Gericht hat also nicht mehr zu prüfen, ob die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Recht angeordnet worden ist oder nicht, sondern lediglich auf Grund des neuen Ergebnisses der Hauptverhandlung sein Urteil zu fällen. In diesem Zusammenhang mag auch die Frage behandelt werden, ob der Zulassungsbeschluß nach § 368 für den Wiederaufnahmebeschluß nach § 370 St. P. O. präjudizierlich ist. Während ein Teil der Schriftsteller die Auffassung vertritt, der Beschluß nach § 368 St. P. O. sei genau wie jeder andere Beschluß den Grundsätzen der Rechtskraft unterworfen, dürfe also durch einen Beschluß gemäß § 370 nicht mehr aufgehoben oder abgeändert werden,[211] erblickt der andere Teil der Schriftsteller[212] erst im Beschluß gemäß § 370 St. P. O. die endgültige

[209] Alsberg, S. 107 N. 1, 2.

[210] Kammergericht vom 27. 3. 1908 (Goltdammer's Archiv 58, S. 226).

[211] So v. Kries 1892, S. 713, Stenglein S. 604, Ewald S. 89.

[212] Löwe N. 3 zu § 370, Bennecke-Beling S. 606, N. 10.

Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag. Demzufolge wird der Beschluß nach § 368 St. P. O. des öfteren als Zwischenbeschluß bezeichnet und damit die Abänderbarkeit implicite zum Ausdruck gebracht. Die ganze Streitfrage wird neuerdings dadurch umgangen, daß man den Zwischenbeschluß nach § 368 St. P. O. überhaupt wegfallen läßt und über die Zulassung und Begründetheit des Wiederaufnahmeverfahrens in einem Beschluß entscheidet. Diese Regelung des E. 1908 § 358 I, die in erster Linie eine wesentliche Vereinfachung des Wiederaufnahmeverfahrens bringt, und deshalb auch von Winkler[213] gutgeheißen wird, ist auch vom E. 1920 § 354 I übernommen worden und wird zweifellos in der künftigen St. P. O. Eingang finden.

Eine Streitfrage von allerdings nur terminologischer Bedeutung hat sich darüber entwickelt, ob bereits durch den Beschluß gemäß § 370 II oder erst in der erneuten Hauptverhandlung das frühere Urteil aufgehoben wird. Obwohl die Bestimmung des § 373 I dagegenspricht, und obwohl es eine Anomalie wäre, daß ein Urteil durch einen Bechluß soll beseitigt werden können, erklärt Binding,[214] das Urteil werde durch den rechtskräftigen Beschluß kassiert. Andere Schriftsteller erklären, das Urteil werde durch den Beschluß tatsächlich beseitigt.[215] Die Mehrzahl ist jedoch im Anschluß an den Gesetzeswortlaut der Auffasung, das Urteil werde durch einen Beschluß nach § 370 St. P. O. nur suspendiert,[216] die ausdrückliche Aufhebung bleibe aber auf alle Fälle entsprechend dem § 373 St. P. O. der erneuten Hauptverhandlung vorbehalten.

IV. Bevor von der erneuten Hauptverhandlung die Rede sein soll, ist zusammenfassend auf das Rechtsmittel einzugehen, das gegen die bis jetzt behandelten Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren möglich ist. § 372 St. P. O. bestimmt: „Alle Entscheidungen, welche aus Anlaß eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens von dem Gericht in erster Instanz erlassen werden, können mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden."

[213] Winkler G.S. 78, S. 339.

[214] Binding 1904, S. 289, ebenso Birkmeyer 1898, S. 370, Bennecke 1895, S. 783.

[215] v. Kries 1880, S. 460, Ullmann S. 639, Löwe N. 1 zu § 370.

[216] Bennecke-Beling 1900 S. 606, Oetker G.S. 65, S. 455, Schoetensack, Rechtsgang III, S. 30, Schwarze 1879, S. 346.

Daß unter Entscheidungen, die mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden können, nur Beschlüsse, nicht aber Urteile gemeint sein können, ist allgemein anerkannt. Anfechtbar sind also die Beschlüsse, die einen Wiederaufnahmeantrag zulassen, als unzulässig oder als unbegründet verwerfen § 368, 370 St. P. O. oder die Erneuerung der Hauptverhandlung anordnen § 370 II, auch der Beschluß gemäß § 360, der den Aufschub der Strafvollstreckung betrifft. Gegen Entscheidungen im vereinfachten Verfahren des § 371 I und II, die als Urteile aufzufassen sind, in denen der Wiederaufnahmebeschluß aufgegangen ist,[217] sind dagegen nur die gegen Urteile möglichen Rechtsmittel zulässig.

Daß anstelle der ursprünglichen Fassung „von dem Gericht erster Instanz" von der R. T. K. „von dem Gericht in erster Instanz" eingesetzt wurde,[218] soll zum Ausdruck bringen, daß die Entscheidungen des Gerichts mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind, das sich erstmals mit dem Wiederaufnahmeantrag zu befassen hat. Dieses Gericht kann gemäß § 367 St. P. O. ein Amts- oder ein Schöffengericht, aber auch ein Berufungsgericht sein; dagegen findet, was auch für das Wiederaufnahmeverfahren gilt, gegen Beschlüsse des Oberlandesgerichts und des Reichsgerichts gemäß § 304 Abs. 3 eine Beschwerde nicht statt. Die sofortige Beschwerde des geltenden Rechts ist formlos. Wenn schon beim Wiederaufnahmeantrag verlangt wird, daß er nur mittels einer vom Verteidiger oder einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schrift oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht wird und wenn Winkler darüber hinaus verlangt, daß der Wiederaufnahmeantrag zu Protokoll des Richters gegeben werden soll (vergl. oben § 9 II), so ist der Formulierungszwang bei der sofortigen Beschwerde gegen eine Entscheidung im Wiederaufnahmeverfahren noch wünschenswerter. Nur soweit die Beschwerde vom Staatsanwalt ausgeht, wäre geradeso wie beim Wiederaufnahmeantrag entsprechend dem § 356 II E. 1908 eine besondere Form nicht erforderlich. Eine entsprechende Formalisierung der Beschwerde ist auch im E. 1908 § 358 III, bei Winkler in § 358 III und im E. 1920 § 361 vorgesehen und wird

[217] Löwe N. 1 zu § 372.
[218] Löwe N. 2 zu § 372.

wohl in der kommenden St. P. O. aufgenommen werden müssen.

Vereinzelte Stimmen[219] wenden sich gegen die Anwendung der sofortigen Beschwerde überhaupt, weil kein Grund zur beschleunigten Erledigung innerhalb 8 Tagen vorliege. Bei der sofortigen Beschwerde kommt aber weiterhin in Betracht, daß das Untergericht von sich aus zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angefochtenen Entscheidung nicht befugt ist (§ 311 St. P. O.); infolgedessen entscheidet also das Obergericht über sämtliche Beschwerden gegen Wiederaufnahmeanträge, wodurch eine unbefangene Prüfung durch ein Kollegialgericht gewährleistet wird, was besonders beim Wiederaufnahmeverfahren unentbehrlich ist.

Eine weitere Neuerung bringt noch der E. 1908 § 358 III. Dort ist nämlich bestimmt: „Wird die Beschwerde für begründet erachtet, so ist die Sache zur weiteren Entscheidung an das Gericht, dessen Beschluß aufgehoben wird, zurückzuverweisen; sofern es angemessen erscheint, kann sie an ein anderes, zu dem Bezirke des Beschwerdegerichts gehörendes, benachbartes Gericht gleicher Ordnung verwiesen werden." Während gemäß § 9 II das Beschwerdegericht zugleich die in der Sache erforderliche Entscheidung erläßt, also nicht bloß kassatorisch, sondern reformatorisch tätig wird, wodurch dem Beschwerdeführer hinsichtlich der Frage, ob der Antrag begründet ist, allerdings eine Instanz entzogen und jede Anfechtung der Entscheidung abgeschnitten wird,[220] wird hier ausdrückliche Zurückverweisung an das Untergericht angeordnet. Auf die Möglichkeit der Verweisung an ein anderes Gericht gleicher Ordnung, um den Vorwurf der Voreingenommenheit des früheren Gerichts unmöglich zu machen, mag im 3. Teil der Arbeit noch des näheren eingegangen werden.

Während im geltenden Recht die Vorschriften über die sofortige Beschwerde in § 372 St. P. O. zusammengefaßt sind, ist der E. 1908 und Winkler von dieser Regelung abgewichen und weist jeweils bei den einzelnen Beschlüssen auf die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde hin. Der E. 1920 hat dagegen die Beschwerdefälle wieder in einem besonderen § 361 zusammengefaßt, eine Regelung, die sich im geltenden Recht be-

[219] Alsberg 1913, S. 67, Hellwig 1914, S. 103.

[220] Begründung zu E. 1908, S. 319.

währt hat und im Interesse der Vereinfachung und der besseren Uebersichtlichkeit des Verfahrens entschieden vorzuziehen ist.

V. Der Wiederaufnahmebeschluß nach § 370 II ist, soweit es sich um eine Erneuerung der Hauptverhandlung erster Instanz handelt, als Eröffnungsbeschluß gemäß § 203 St. P. O. anzusehen. Die neue Hauptverhandlung, deren Termin genau wie beim regelmäßigen Verfahren vom Vorsitzenden anzuberaumen ist, beginnt mit der Verlesung des früheren Eröffnungsbeschlusses,[221] gleichgültig, ob die Anklage noch den bisherigen Ermittlungsergebnissen des Wiederaufnahmeverfahrens entspricht oder nicht. Die Verlesung des Wiederaufnahmebeschlusses, die nicht ausdrücklich vorgesehen und darum nach Löwe[222] auch nicht notwendig ist, wird sich jedenfalls empfehlen,[223] weil auf diese Weise das Gericht, besonders wenn Laienrichter oder auch Berufsrichter, die im früheren Verfahren nicht dabei gewesen sind, mitwirken, sich rascher orientieren und in dem infolge Zeitablaufs oft unübersichtlich gewordenen Sachverhalt besser zurecht finden können. Daß die Verlesung des Wiederaufnahmebeschlusses von Nachteil sein könnte, weil das neue, zu erlassende Urteil in keinerlei Beziehung zu dem früheren gebracht werden soll,[224] ist kaum stichhaltig, weil bei der Vernehmung des Angeklagten und der Zeugen das im früheren Verfahren und im vorbereitenden Wiederaufnahmeverfahren Vorgebrachte sich sowieso nicht auseinanderhalten läßt. Während nach geltendem Recht die erneute Hauptverhandlung vor dem Gericht derjenigen Instanz stattzufinden hat, in welcher das durch den Wiederaufnahmeantrag angefochtene Urteil ergangen war, bringen die Entwürfe eine begrüßenswerte Neuerung für den Fall, daß für die neue Verhandlung ein Gericht niederer Art sachlich zuständig ist. Im E. 1908 § 360 III, bei Winkler § 360 III und im E. 1920 § 357 II wird ausdrücklich bestimmt: „Ist für die strafbare Handlung, wie sie sich nach den Feststellungen des früheren Urteils darstellt, ein Gericht niederer Ordnung in erster Instanz zuständig, so kann die Erneuerung der Hauptverhandlung vor diesem Gericht angeordnet werden." Bisher war es

[221] Löwe N. 1 c zu § 373.

[222] Löwe N. 1 c zu § 373, anderer Ansicht Rosenfeld 1912, § 81, S. 224.

[223] R.G. Bd. 4, S. 426.

[224] Ewald, S. 96.

jedenfalls zweifelhaft, ob auch ohne eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift ein Gericht niederer Ordnung für die neue Verhandlung zuständig ist;[225] eine ausdrückliche Anerkennung dieser Möglichkeit ist jedenfalls empfehlenswert.

Im übrigen unterliegt der Wiederaufnahmebeschluß in der erneuten Hauptverhandlung nicht mehr der Prüfung; das Gericht ist an den Wiederaufnahmebeschluß gebunden, auch wenn es sich in der erneuten Hauptverhandlung herausgestellt hat, daß das Wiederaufnahmeverfahren nicht hätte zugelassen werden sollen. Ebensowenig wird in der neuen Hauptverhandlung über die Richtigkeit oder die Unrichtigkeit des früheren Urteils verhandelt;[226] es wird nur die frühere Hauptverhandlung wiederholt, weil das in dieser Verhandlung ergangene Urteil auf Grund des veränderten Sachverhalts sich voraussichtlich nicht mehr aufrecht erhalten läßt. Es findet also eine vollständige Neuverhandlung der Sache statt, wobei abgesehen von den im Wiederaufnahmeverfahren Vorgebrachten auch weitere neue Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden können. Zeugen und Sachverständige müssen von neuem beeidigt werden; Personen, welche im früheren Verfahren mitverurteilt worden sind, sind nicht als Angeklagte, sondern als Zeugen zu vernehmen.[227] Eine Bezugnahme auf Zeugenaussagen im früheren Verfahren in dem Falle, daß ein Zeuge inzwischen gestorben oder nicht mehr erreichbar ist, ist nicht statthaft.

Auffallen muß es, daß bei der Neuverhandlung nicht auch eine Neubesetzung des Gerichtes verlangt wird.[228] Nach geltendem Recht greift jedenfalls der § 23 St. P. O. nicht Platz, weil die Wiederaufnahme kein Rechtsmittel im engeren Sinn ist. Ob die Mitwirkung des iudex a quo sowohl beim vorbereitenden Verfahren wie in der neuen Hauptverhandlung nicht besser ausgeschlossen würde, mag im Zusammenhang im 3. Teil der Arbeit behandelt werden.

Das in der neuen Hauptverhandlung Vorgebrachte unterliegt in jeder Beziehung der freien richterlichen Beweiswürdigung; das erkennende Gericht entscheidet also unabhängig vom früheren Urteil über die Schuld- und Straffrage lediglich auf

---

[225] Vergl. Begründung zu E. 1908, S. 321.

[226] Schoetensack, Rechtsgang, Bd. 3, S. 31.

[227] R.G. I vom 7. 11. 1904 in G.A. 52, S. 88.

[228] Anderer Ansicht Ewald, S. 94.

Grund des Ergebnisses der neuen Hauptverhandlung. Die Fassung des § 373: „In der erneuten Hauptverhandlung ist entweder das frühere Urteil aufrechtzuerhalten oder unter seiner Aufhebung anderweit in der Sache zu erkennen," ist mißverständlich. Es mag dahingestellt bleiben, ob das frühere Urteil durch den Beschluß nach § 370 II bereits aufgehoben ist; jedenfalls ist das Urteil, das in der neuen Hauptverhandlung ergeht, ein neues. Schwarze [229] erblickt in der Bestimmung „aufrecht erhalten" keine solenne Formel; es soll dadurch lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß, wie es in der Praxis des öfteren heißt, es bei dem früheren Urteil sein Bewenden hat. Um ein Aufrechterhalten könnte es sich also bloß in dem besonderen Falle handeln, daß das Gericht auf Grund der neuen Verhandlung zu ganz derselben Entscheidung gelangte. Dieser Fall wird nicht besonders häufig sein, weil, selbst wenn die Feststellungen des neuen Urteils ganz mit denen des früheren übereinstimmen, das Gericht nicht gehindert ist, auf eine mildere Strafe als die früher verhängte zu erkennen, weil es im Gegenteil sogar die Pflicht hat, ganz neu auch über die Straffrage zu befinden.[230]

Im E. 1908 § 361 III, bei Winkler § 361 III und im E. 1920 § 360 ist diese Auffassung immerhin deutlicher als im geltenden Recht zum Ausdruck gebracht durch die Formulierung: „Soweit die frühere Entscheidung von dem neuen Urteil abweicht, ist sie aufzuheben, soweit sie mit ihm übereinstimmt, ist zu aufrechtzuerhalten." Im übrigen ist bei der kommenden Reform zu prüfen, ob man den Ausdruck „aufrechterhalten" nicht besser ganz fallen läßt; es wäre überhaupt besser, wenn man schon in dem Wiederaufnahmebeschluß nach § 370 II die Aufhebung des Urteils ausdrücklich aussprechen würde, weil, solange das alte Urteil noch besteht, eine neue Verhandlung ein Unding ist. Bei dieser Regelung wäre dann die im § 353 vorgesehene Bestimmung über „Aufrechterhalten oder Aufheben" des früheren Urteils überflüssig, weil eine neue Hauptverhandlung auf alle Fälle nur mit einem neuen Urteil ihren Abschluß finden kann, gleichgültig, ob es mit dem früheren Urteil übereinstimmt, oder von ihm abweicht.

Bezüglich der völlig neuen Beweiswürdigung ist das Ge-

[229] Schwarze 1879, S. 349, v. Kries 1880, S. 460, 1892, S. 716.

[230] R.G. Bd. 30, S. 421.

richt nur in einem Punkt beschränkt; auch bei der Wiederaufnahme gilt genau wie bei den ordentlichen Rechtsmitteln, das Verbot der reformatio in peius. § 373 II bestimmt: „Ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nur von dem Verurteilten oder zu seinen Gunsten von der Staatsanwaltschaft oder von einer der im § 298 bezeichneten Personen beantragt worden, so darf das neue Urteil ein härtere Strafe als die im früheren erkannte nicht verhängen." Auch versteht es sich von selbst, daß eine bereits früher erlittene Untersuchungshaft bei der neuen Verurteilung gemäß § 60 St. G. B. angerechnet werden kann. Ferner muß, was zwar im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, aber in den Motiven S. 219 ff. angedeutet ist,[231] eine aus dem aufgehobenen Urteil bereits vollstreckte Strafe, gleichgültig ob Freiheits-, Geld- oder Ehrenstrafe, auf die nunmehr erkannte Strafe in Anrechnung gebracht werden.

§ 11.

Das vereinfachte Verfahren.

§ 371 St. P. O. bestimmt: „Ist der Verurteilte bereits verstorben, so hat ohne Erneuerung der Hauptverhandlung das Gericht nach Aufnahme des etwa noch erforderlichen Beweises entweder die Freisprechung zu erkennen oder den Antrag auf Wiederaufnahme abzulehnen.

Auch in anderen Fällen kann das Gericht, bei öffentlichen Klagen jedoch nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, den Verurteilten sofort freisprechen, wenn dazu genügende Beweise vorliegen."

I. Abgesehen von den besonderen Bestimmungen des § 371 und der Bestimmung über das erweiterte Antragsrecht der Verwandten in § 361 II (vergl. oben § 9 I am Ende), gelten auch für das Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode und für das vereinfachte Verfahren gemäß § 371 II die allgemeinen Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens. Vereinfacht nennt man nach § 371 I und II das Verfahren deshalb, weil eine Hauptverhandlung nicht stattfindet, weil also das Beschlußgericht ohne Erneuerung der Hauptverhandlung, evtl. nach Aufnahme des etwa

[231] Schwarze 1879, S. 349.

noch erforderlichen Beweises, auf Freisprechung erkennt oder den Wiederaufnahmeantrag ablehnt.

Beim Wiederaufnahmeverfahren post mortem ist zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen der völligen Freisprechung gegeben sind. Sind diese Voraussetzungen nicht vorhanden, dann wird der Antrag, wie es im Gesetz heißt, abgelehnt, also nicht verworfen. Wird dagegen die völlige Freisprechung für gerechtfertigt erachtet, dann ordnet das Gericht nicht die Wiederaufnahme des Verfahrens an, sondern es erläßt, ohne daß eine neue Hauptverhandlung stattfindet, alsbald das freisprechende Urteil. Mit der Freisprechung ist, wie es in § 371 III heißt, die Aufhebung des früheren Urteils zu verbinden. Ein Verfahren ohne Hauptverhandlung, das an sich schon ein prozessuales Unding ist, findet nur deshalb statt, weil ein Verurteilter bezw. Angeklagter, der in der Hauptverhandlung aufzutreten hätte, nicht vorhanden ist.

Schon Schwarze [232] hat darauf hingewiesen, daß beim Tod des Angeklagten im strengsten Sinn des Wortes keine Wiederaufnahme, sondern nur Ablehnung des Antrags oder Freisprechung, also eine Art réparation d'honneur stattfinde. Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, daß nur mit einer vollständigen Freisprechung die Ehre des Verstorbenen bezw. seiner Familie wiederhergestellt werden kann, daß dagegen eine mildere Bestrafung eines Verurteilten im Interesse der Rechtsbeständigkeit nicht gestattet werden darf. Eine mildere Bestrafung eines Verstorbenen wird auch deshalb abgelehnt, weil dieses Verfahren bei dem Fehlen des Angeklagten lediglich den Charakter eines Feststellungsprozesses hätte, der dem geltenden Strafprozeßrecht bis jetzt noch fremd ist. Winkler [233] setzt sich zwar in § 363 II auch für die Möglichkeit einer milderen Bestrafung eines Verstorbenen ein, wenn die Tat, wegen welcher der Angeklagte verurteilt ist, erheblich schwerer ist, als die, welche er wirklich begangen hat und wenn der Antragsteller ein eigenes, berechtigtes, insbesondere vermögensrechtliches Interesse an der Zulassung der Wiederaufnahme nachweist. In diesem Falle hätte gemäß § 363 IV anstelle der unmöglichen Bestrafung wegen der geringeren Straftat eine einfache Schuldigsprechung des Angeklagten wegen der leichteren

[232] Schwarze 1879, S. 334—35.

[233] Winkler G.S. 78, S. 380—82.

Straftat ohne Ausspruch einer Strafe zu erfolgen. Damit wäre die Feststellungsklage im Strafprozeß eingeführt. Knapp[234] weist mit Recht darauf hin, daß der Strafprozeß kein Feststellungsprozeß sei, daß er aber tatsächlich in der Wiederaufnahme nach dem Tode nichts anderes als ein reines Feststellungsverfahren darstelle. Er setzt sich dann mit Belings Informativprozeß und Liepmanns krimineller Feststellungsklage auseinander[235] und schlägt seinerseits eine Kompromißlösung dahingehend vor,[236] „daß im Urteil über die Unrichtigkeit der das Andenken des Verstorbenen gefährdenden wesentlichen Entscheidungsgründe Feststellung getroffen werden soll". Auch Schoetensack stellt in seiner Abhandlung über Urteilssystematik des Straf- und Zivilprozesses[237] fest, daß zwar das Strafurteil als Verurteilung konstitutiven, als Freisprechung deklaratorischen Charakter hat, daß aber heute wieder ein kriminelles Feststellungsurteil gefordert werde.[238]

Obwohl der E. 1920 eine Feststellungsklage im vorliegenden Falle nicht vorgesehen hat, ist bei einer künftigen Reform diese Frage einer gründlichen Prüfung zu unterziehen, wobei zu beachten ist, daß schon in der Straffreierklärung im Falle des § 199 St. G. B. der erste Versuch einer Schuldigsprechung ohne Strafausspruch gemacht worden ist.

II. Nicht bloß nach dem Tode eines Verurteilten, auch „in anderen Fällen", ist nach § 371 II das vereinfachte Verfahren möglich. Während jedoch bei der Wiederaufnahme post mortem nach § 371 I das vereinfachte Verfahren obligatorisch ist, enthält der § 371 II nur eine Kannvorschrift. Voraussetzung für das vereinfachte Verfahren ist, daß auf völlige Freisprechung zu erkennen ist. Ferner müssen dazu bereits genügende Beweise vorliegen, die Beweislage muß also so klar sein, daß eine abermalige mündliche Verhandlung sich als überflüssig erweist. Außerdem darf das vereinfachte Verfahren bei öffentlichen Klagen nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft stattfinden, während demzufolge im Privatklageverfahren die Zustimmung des Privatklägers nicht erforderlich ist.

[234] Knapp, Die Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung nach dem Tode des Verurteilten. Tüb. Diss. von 1912, S. 50.

[235] Knapp, S. 51 ff.

[236] Knapp, S. 72.

[237] Schoetensack, Rechtsgang, Bd. 3, S. 30—31.

[238] Oetker, konkursrechtliche Grundbegriffe, 1. Bd., S. 582.

Während schon das Wiederaufnahmeverfahren nach dem Tode bezüglich seiner rechtlichen Konstruktion Schwierigkeiten macht, ist das vereinfachte Verfahren nach § 371 II vollends ein Kuriosum, das mit den Bestimmungen der Strafprozeßordnung nicht in Einklang zu bringen ist. Mit Recht sagt Löwe,[239] das in § 371 II zugelassene außergewöhnliche Verfahren passe zu dem ganzen sonstigen Organismus des Prozesses nicht. Jedenfalls sei es unangebracht, gegen den Willen eines Verurteilten von der Erneuerung der Hauptverhandlung Abstand zu nehmen, da eine Hauptverhandlung doch ein viel wirksameres Mittel zur Wiederherstellung der Ehre sei, als die Urteilspublikation, wie sie im § 371 IV vorgesehen ist. Während verschiedene Schriftsteller[240] sich gegen das vereinfachte Verfahren nach § 371 II aussprechen und auch in der R. M. St. G. O. vom 1. 12. 1898 nur das Wiederaufnahmeverfahren post mortem, nicht aber ein vereinfachtes Verfahren wie im § 371 II, aufgenommen ist, haben der E. 1908 in § 360 II, Winkler in § 360 IV und der E. 1920 § 359 auffallenderweise dieses vereinfachte Verfahren beibehalten. Eine Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht enthält nur der § 360 IV bei Winkler,[241] der wenigstens eine Zustimmung aller Prozeßbeteiligten vorsieht, während der E. 1908 und E. 1920 bei öffentlicher Klage sich mit der Zustimmung der Staatsanwaltschaft begnügt.

Neu ist die Gleichstellung der Geisteskranken oder aus anderen Gründen dauernd Verhandlungsunfähigen mit den Verstorbenen, wie dies im E. 1908, bei Winkler und im E. 1920 in § 363 I geschehen ist. Damit wird eine alte Forderung verschiedener Schriftsteller erfüllt.[242] Andererseits wurden bisher diese Fälle von der Rechtssprechung unter § 371 II subsumiert, sodaß mit der Uebernahme dieser nicht ganz seltenen Fälle unter § 371 I ein weiterer Grund für den Wegfall des vereinfachten Verfahrens nach § 371 II gegeben ist. Eine Beibehaltung dieses vereinfachten Verfahrens nur wegen der von der R. T. K. (Prot. S. 626) vorgesehenen Fälle der rechtskräftigen Verurteilung

[239] Löwe N. 3 zu § 371.

[240] v. Kries 1880, S. 464, 1892 S. 714 Anm. 2, Stenglein G.S. 62, S. 321, Nagler G.S. 73, S. 224, Hamm D.J.Z., Bd. 8 von 1903, S. 62 verlangt sogar Freisprechung auch beim Tod des Verurteilten nur auf Grund einer neuen Hauptverhandlung.

[241] Geyer 1880, S. 851 verlangt Zustimmung des Verurteilten.

[242] Stenglein G.S. 62, S. 321 ff., Rosenblatt Z. 29, S. 492.

einer anderen Person wegen desselben Delikts, der rechtskräftigen Verurteilung des einzigen Belastungszeugen wegen Meineids und einer bereits vor der früheren Verurteilung eingetretenen Verjährung der Strafverfolgung läßt sich jedenfalls nicht rechtfertigen, weil in diesen Fällen auch ein Wiederaufnahmeverfahren mit erneuerter Hauptverhandlung ebenso rasch zum Ziele führt und dem Verurteilten ebenso rasch und vielleicht besser Genugtuung verschafft als das vereinfachte Verfahren mit dem ungenügenden Ersatz der nachträglichen Urteilspublikation anstelle der öffentlichen Hauptverhandlung.

III. So alt wie die St. P. O. ist die Streitfrage, ob die gemäß § 371 St. P. O. zu erlassende Entscheidung als Urteil oder als Beschluß aufzufassen ist; das Gesetz hat sich jedenfalls nicht darüber ausgesprochen.

Für die Auffassung, daß die Entscheidung nur in Beschlußform ergehen könne, wird geltend gemacht, daß ein Urteil eines beschließenden Gerichtes oder ein Urteil ohne vorgängige Hauptverhandlung mit dem geltenden Strafprozeßrecht unvereinbar sei.[243] Ferner wird geltend gemacht, die den Antrag ablehnende Entscheidung sei jedenfalls ein Beschluß; weil aber im Gesetz ein Unterschied zwischen der den Antrag ablehnenden und der in der Sache ergehenden Entscheidung nicht gemacht sei, müsse auch die Freisprechung in Beschlußform ergehen. Endlich glaubt v. Kries[244] aus der Stellung des § 371 vor § 372 St. P. O. schließen zu müssen, daß auch die Entscheidungen nach § 371 mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar seien, also bloß Beschlüsse sein können. Aus diesen Gründen vertritt auch Ewald[245] die Auffassung, daß die Freisprechung gemäß § 371 St. P. O. in Beschlußform ergehen müsse.

Dem gegenüber weist Oetker[246] darauf hin, es sei ein Unding und mit dem System der Strafprozeßordnung unvereinbar, daß ein Urteil durch einen Beschluß soll aufgehoben werden können. Ferner müsse man aus dem Ausspruch „erkennen" schließen, daß damit nur ein Urteil gemeint sei. Deshalb erklären verschiedene Schriftsteller,[247] die Freisprechung im

[243] Bennecke 1895, S. 787.
[244] v. Kries 1880, S. 428.
[245] Ewald, S. 107.
[246] Oetker G.S. 65, S. 453.
[247] Beling S. 609 Anm. 16, Dohna 1925, S. 200, Löwe N. 4 zu § 371.

Falle des § 371 I und II sei in Form eines Urteils zu kleiden. Dieser Auffassung hat sich auch die Rechtssprechung angeschlossen.[248] Die Entwürfe haben die Streitfrage dahingehend gelöst, daß sie im § 363 IV übereinstimmend anordnen, das Gericht habe ohne Erneuerung der Hauptverhandlung durch Urteil zu entscheiden.

Eine Neuerung enthalten die Entwürfe E. 1908, Winkler und E. 1920 für den Fall, daß der Verstorbene die Wiederaufnahme des Verfahrens noch beantragt hat, aber während des Verfahrens gestorben ist. In diesem Falle können gemäß § 363 III die Hinterbliebenen das Verfahren fortsetzen. Obwohl bisher der § 361 II dahingehend ausgelegt wurde, daß nach dem Tode des Antragstellers das Verfahren zunächst eingestellt wird, bis einer der nunmehr Antragsberechtigten den Antrag aufnimmt und das Verfahren weiter betreibt,[249] im Enderfolg also dasselbe erreicht wird, empfiehlt sich doch die ausdrückliche Aufnahme der im § 363 III vorgesehenen Bestimmung, weil dadurch das Uebernahmerecht der Hinterbliebenen ausdrücklich anerkannt wird.

IV. Für die Fälle des vereinfachten Verfahrens ist als Ersatz für die fehlende Hauptverhandlung gemäß § 371 IV Urteilspublikation vorgesehen. Die Aufhebung ist auf Verlangen des Antragstellers durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt zu machen und kann nach dem Ermessen des Gerichts auch durch andere Blätter veröffentlicht werden. Die öffentliche Bekanntmachung, die eine, wenn auch nicht ausreichende Genugtuung des Staates gegenüber dem unschuldig Verurteilten darstellt, hat selbstverständlich auf Staatskosten zu erfolgen, weil ja auch im Falle der Freisprechung im regelmäßigen Wiederaufnahmeverfahren die Kosten der Staatskasse zur Last fallen.

Während im geltenden Recht die Urteilspublikation nur im vereinfachten Verfahren, also nicht auch bei Urteilen gemäß § 373 St. P. O. Platz greift, sieht die modernere R. M. St. G. O. in § 449 eine Publikation für alle Fälle vor. Diese Regelung ist begrüßenswert, weil zur Rehabilitation eines unschuldig Verurteilten nichts unterlassen werden darf und weil jedenfalls die Urteilspublikation neben der öffentlichen Hauptverhandlung

[248] R.G. 28, S. 148, 47, S. 169.

[249] Löwe N. 2 zu § 371.

größere Gewähr dafür bietet, daß die erfolgte Freisprechung möglichst rasch und in weitestem Umfang bekannt wird. Deshalb hat auch der E. 1908, Winkler und der E. 1920 in § 362 bestimmt, daß auf Verlangen des Freigesprochenen in allen Fällen Urteilspublikation zu erfolgen hat und es ist zu hoffen, daß diese Regelung auch in der künftigen St. P. O. Eingang findet.

III. Abschnitt.

§ 12.

Die Wirkungen der Freisprechung im wiederaufgenommenen Verfahren.

I. Mit diesem Problem hat sich besonders Gebser eingehend befaßt;[250] man findet sich in dieser Materie am besten zurecht, wenn man mit ihm die Hauptfrage stellt: „Hat die Freisprechung im wiederaufgenommenen Verfahren die Aufhebung der durch das erste, verurteilende Erkenntnis dem Verurteilten zugefügten unmittelbaren Rechtsnachteile sowie der etwaigen, sich mittelbar an dieselben anschließenden privat- und öffentlichrechtlichen Wirkungen zur Folge?"

Er unterscheidet also unmittelbare und mittelbare Rechtsnachteile. Unmittelbare Rechtsnachteile sind solche, denen die Natur eines Strafübels innewohnt; dabei sind wieder zwei Untergruppen zu bilden: a) solche, welche erst durch die Tätigkeit der Strafvollstreckungsbehörde eintreten wie z. B. Todesstrafe, Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Einziehung, Kostenzahlung usw. und b) solche, welche ohne weiteres mit Urteilsausspruch eintreten, wie z. B. die in § 33 und 34 St. G. B. ausgesprochenen Folgen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, wie Verlust der öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen und der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, wie der Rechte als Vormund, Solemnitätszeuge aufzutreten, das Wahlrecht auszuüben usw.[251] Alle diese durch das erste Urteil zugefügten, unmittelbaren Rechtsnachteile werden durch die Freisprechung aufgehoben. Im Falle a) werden z. B. die Geldstrafe, die bereits bezahlten Kosten zurückerstattet, die eingezogenen Gegenstände frei-

[250] Gebser: Ueber die Wirkungen der Freisprechung im wiederaufgenommenen Verfahren. Tüb. Diss. von 1902.

[251] Aufzählung der einzelnen Rechte bei Gebser § 4, S. 15—18.

gegeben, wobei allerdings zu beachten ist, daß in den wichtigsten Fällen, nämlich bei Strafen an Leben, Freiheit, Ehre, eine Wiedergutmachung ausgeschlossen ist. Im Falle b) wird der „Unfähigkeitszustand" in der Regel ohne weiteres beseitigt, die vorher bestandene Fähigkeit also von selbst wiederhergestellt; nur im Falle des dauernden Verlustes öffentlicher Aemter, Würden und Titel und der Rechte aus öffentlichen Wahlen lebt der frühere Zustand nicht von selbst wieder auf, es ist vielmehr eine Neuanstellung, eine Neuernennung, eine neue Verleihung der Würden und Titel erforderlich.

Mittelbare Rechtsnachteile zivilrechtlicher und öffentlichrechtlicher Art sind z. B. die Einleitung und Durchführung der Ehescheidung, wenn der schuldige Ehegatte wegen Ehebruchs bestraft worden ist, oder der ohne weiteres eintretende Amtsverlust, wenn ein Beamter neben einer Freiheitsstrafe noch mit der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft worden ist. Diese mittelbaren Folgen der Verurteilung werden durch die Freisprechung nicht beeinflußt; die Ehe bleibt geschieden, das Amt ist verloren. Die Freisprechung kann nur die Veranlassung zur Erhebung einer Restitutionsklage oder zum Betreiben der Wiederanstellung geben, sie hat aber weder mit Notwendigkeit noch unmittelbar die Aufhebung des Ehescheidungsurteils oder die Wiederverleihung des Amtes zur Folge.

II. Während in der St. P. O. über die Folgen der Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils im Wiederaufnahmeverfahren überhaupt nichts bestimmt ist, die oben angeführten Grundsätze sich daher erst allmählich herausgebildet haben, ist wenigstens durch das Gesetz vom 20. Mai 1898 betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen eine Entschädigung in finanzieller Beziehung gesetzlich festgelegt worden. Eine Entschädigung entsteht nur für im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochene oder in Anwendung eines milderen Gesetzes mit einer geringeren Strafe belegte Personen. Das neue Verfahren muß ihre Unschuld ergeben oder doch wenigstens dargetan haben, daß ein begründeter Verdacht nicht vorliegt. Voraussetzung ist ferner, daß gegen diese Personen die früher erkannte Strafe ganz oder teilweise vollstreckt worden ist (§ 1 des Ges.); also nur Strafvollstreckung, nicht auch Strafverfolgung, insbesondere nicht

Untersuchungshaft bedingen den Entschädigungsanspruch;[252] für unschuldig erlittene Untersuchungshaft wird durch Gesetz vom 14. Juli 1904 ein besonderer Entschädigungsanspruch gegeben.

Ueber die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung wird durch besonderen Beschluß des in dem Wiederaufnahmeverfahren erkennenden Gerichts Bestimmung getroffen. Der Beschluß, der von Amts wegen zu ergehen hat,[253] ist von dem Gerichte gleichzeitig mit dem Urteil zu fassen, aber nicht zu verkünden, sondern durch Zustellung bekannt zu machen (§ 4 des Ges.); eine Besonderheit ergibt sich noch aus der Bestimmung, daß dieser Beschluß unanfechtbar ist und nur außer Kraft tritt, wenn das Urteil aufgehoben wird (§ 4 Abs. *2* des Ges.). Ansprüche auf Grund des Entschädigungsbeschlusses sind binnen 3 Monaten nach Zustellung bei der Staatsanwaltschaft geltend zu machen. Ueber den Antrag entscheidet die oberste Behörde der Landesjustizverwaltung; gegen eine Entscheidung dieser Behörde ist die Berufung auf den Rechtsweg zulässig, auszuüben durch Klageerhebung binnen einer Ausschlußfrist von 3 Monaten nach Zustellung der Entscheidung (§ 5 des Ges.). Anspruchsberechtigt ist der Verurteilte bezw. diejenigen Personen, denen gegenüber er kraft des Gesetzes unterhaltspflichtig war (§ 1 Abs. *2* des Ges.). Bei der Wiederaufnahme post mortem ergibt sich nur für die in § 1 Abs. *2* genannten Personen, also nicht für sämtliche gemäß § 361 II Antragsberechtigte ein Entschädigungsanspruch.[254] Die Erben des im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen als solche haben, wenn der Entschädigungsbeschluß nicht bei dessen Lebzeiten ergangen ist, keinen Entschädigungsanspruch.[255]

Gegenstand des dem Verurteilten zu leistenden Ersatzes ist der für ihn durch die Strafvollstreckung entstandene Vermögensschaden (§ *2* des Gesetzes). Bei der Abschätzung des Schadens soll nur derjenige Schaden berücksichtigt werden, welcher dem Verurteilten durch die Strafvollstreckung in seinem Vermögen erwachsen ist. Der Schaden umfaßt aber jede

---

[252] Woermann, Kommentar über das Wiederaufnahmeverfahren und die Entschädigung unschuldig Verurteilter, S. 45.

[253] Woermann, S. 55.

[254] Löwe N. 5 zu § 371.

[255] Woermann, S. 51.

Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, welche sich in Geldwert ausdrücken läßt (vergl. darüber die grundlegende Entscheidung in R. G. Z. Bd. 2 S. 153 ff.).[256]

III. Während in den dringendsten Fällen, z. B. bei bereits vollzogener Freiheitsstrafe, wo eine vollständige Wiedergutmachung auch des immateriellen Schadens überhaupt nicht möglich ist, wenigstens eine finanzielle Entschädigung gewährt wird, ist die Regelung bezüglich der mittelbaren Folgen (vergl. oben I) höchst unbefriedigend. Vor allem im Beamtenrecht ist auffallenderweise eine Wiederaufnahme gegen Entscheidungen der Disziplinargerichte nicht vorgesehen, obwohl die im Disziplinarverfahren auszusprechende Strafe der Dienstentlassung für den Betroffenen von tiefgehendster Bedeutung ist. Herkerath[257] ist zwar der Auffassung, die Gefahren des materiellen Disziplinarrechts werden ausgeglichen durch die vielfachen Kautelen des Verfahrens und die außergewöhnliche Zusammensetzung der richtenden Kollegien.[258] Auch ist zu berücksichtigen, daß für das Beamtenrecht[259] heute noch die preuß. Gesetze von 1851 und 1852 und das für das Reich geltende Gesetz von 1873 maßgebend sind.

Daß das Beamtenrecht reformbedürftig ist, ist allgemein anerkannt. Verschiedene Schriftsteller glauben dadurch Abhilfe schaffen zu können, daß sie eine Aenderung des bisherigen Rechts bezw. seiner Auslegung durch die Rechtssprechung herbeizuführen suchen. Es will ihnen nicht einleuchten, daß die auf beamtenrechtlichem Gebiet liegenden Folgen des Strafurteils durch die Aufhebung des Urteils nicht beseitigt werden sollen, wie dies in R. G. 22 S. 40, 42 S. 251, und auch noch in R. G. 101 S. 255 ausgeführt ist. Schneider[260] hält deshalb eine Gesetzesvorschrift für wünschenswert, die bestimmt, genau so wie der Amtsverlust als Rechtsfolge des ersten Urteils eintrete, so müsse nach Aufhebung dieses Urteils der Amtsverlust als niemals eingetreten angesehen werden. Daneben hat man aber das Fehlen des Wiederaufnahmever-

[256] Woermann, S. 52.

[257] Herkerath, Erlanger Dissertation von 1909: Die Wiederaufnahme des Verfahrens in der St.P.O., der M.St.G.O. und den Disziplinargesetzen.

[258] Herkerath, S. 55.

[259] S. 45.

[260] Schneider, D.J.Z. 1927, Heft 10, S. 740.

fahrens in den Disziplinargesetzen allmählich doch als nachteilig empfunden, weshalb in der R. V. von 1919 Art. 129 Abs. III die programmatische Erklärung aufgenommen worden ist: „Gegen jedes dienstliche Straferkenntnis muß ein Beschwerdeweg und die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens eröffnet sein." Spillner[261] faßt übrigens die Bestimmung R. V. Art. 129 Abs. III nicht bloß als programmatische Erklärung auf, sondern ist der Ansicht, daß der Art. 129 Abs. III aktuelles Recht enthalte, es also schon heute ein Wiederaufnahmeverfahren im Dienststrafrecht auch ohne ausdrückliche Erwähnung in den einzelnen Beamtengesetzen gäbe.

In diesem Zusammenhang ist es übrigens von Interesse, daß Württemberg in seinem Beamtengesetz vom 21. 1. 1929[262] dem Art. 129 Abs. III der R. V. von 1919 Rechnung getragen und wohl als erstes deutsches Land eine Wiederaufnahme des Verfahrens sowohl im Ordnungsstrafverfahren (Art. 181—184) wie im gerichtlichen Diensstrafverfahren (Art. 213—216, 232) eingeführt hat. Wenn auch die Neukodifikation des Reichsbeamtenrechts und des Beamtenrechts der meisten deutschen Länder wohl erst nach Klärung der großen Fragen der Staats- und Verwaltungsvereinfachung in Angriff genommen werden wird, so ist jedenfalls nach dem württembergischen Vorbild eine Einführung des Wiederaufnahmeverfahrens auch im zukünftigen deutschen Beamtenrecht mit Sicherheit zu erwarten.

IV. Als Abschluß wäre noch auf die Kostentragungspflicht[263] einzugehen, wobei zu beachten ist, daß im § 473 II St. P. O. lediglich davon die Rede ist, daß bezüglich der Kosten eines zurückgenommenen oder erfolglos eingelegten Wiederaufnahmeantrags dasselbe gilt, wie für die Kosten eines zurückgenommenen oder erfolglos eingelegten Rechtsmittels; hinsichtlich der Kostenfrage will also der Gesetzgeber das Wiederaufnahmegesuch gleich einem Rechtsmittel behandelt wissen.[264] In § 473 I St. P. O. ist bestimmt, daß die Kosten des Rechtsmittels den treffen, der es erfolglos eingelegt hat. Auch die Vorschrift über den teilweisen Erfolg eines Rechtsmittels in § 473 I S. 3 gilt für das Wiederaufnahmeverfahren entsprechend. Von teilweisem

---

[261] LGDir. Spillner, D.J.Z. 1928, S. 1537—39.

[262] Reg.-Blatt für Württ. vom 23. Jan. 1929. S. 7—82.

[263] Vergl. Ewald § 17, S. 112 ff.

[264] Vergl. R.G. 20, S. 117.

Erfolg im Wiederaufnahmeverfahren ist dann die Rede, wenn der Verurteilte in der neuen Hauptverhandlung zwar nicht freigesprochen, aber auf Grund eines milderen Gesetzes verurteilt worden ist.

Im Falle des § 368 und § 370 St. P. O. (Ablehnung als unzulässig und unbegründet) oder im Falle des § 371 I (Ablehnung des Wiederaufnahmeantrags im Wiederaufnahmeverfahren post mortem) ist schon in dem Ablehnungsbeschluß über die Kostentragungspflicht mitzuentscheiden, wobei dem Antragsteller die in G. K. G. § 56 I angesetzte halbe Gebühr auferlegt wird. Im übrigen wird über die Kosten erst bei der endgültigen Erledigung der Wiederaufnahme in dem neuen Urteil entschieden, weil bei Zulassung eines Wiederaufnahmeantrags noch nicht ersichtlich ist, ob auch das nunmehr wiederaufzunehmende Verfahren zum Erfolg führt. Bleibt das Verfahren ohne Erfolg, so wird gemäß § 56 II S. 1 G. K. G. eine volle Gebühr erhoben. Im Falle der Aufhebung des früheren Urteils gilt für die Gebührenerhebung das neue Verfahren mit dem früheren Verfahren zusammen als eine Instanz (G. K. G. § 56 II S. 2 [265]).

Daß also die auf Grund des früheren Urteils bereits erhobenen Kosten dem nunmehr Freigesprochenen zurückerstattet werden, ist selbstverständlich. Da von dem straffrei ausgehenden Beschuldigten eine Gebühr überhaupt nicht zu erheben ist, hat die Rechtssprechung in Analogie damit angenommen, daß auch die für ein früheres Berufungs- oder Revisionsverfahren entrichtete Gebühr dem im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen zurückzuerstatten sei (vergl. R. G. 27 S. 382 ff.). Obwohl also auf dem Gebiete der Kostentragungspflicht beim Wiederaufnahmeverfahren eingehende Gesetzesbestimmungen fehlen, hat die Praxis allmählich bestimmte Regeln herausgebildet, die sich als zweckmäßig erwiesen haben, sodaß eine besondere, gesetzliche Regelung nicht erforderlich ist.

[265] Vergl. R.G. 27, S. 384.

III. TEIL.

Die Stellung des iudex a quo.

§ 13.

Das zuständige Gericht.

I. Wenn man von dem für das Wiederaufnahmeverfahren zuständigen Gericht redet, so meint man das Gericht, das über die Zulassung bezw. Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags zu entscheiden hat. Das Gericht, vor dem die neue Hauptverhandlung stattzufinden hat, ist dagegen nach den Bestimmungen der Mehrzahl der heute geltenden Strafprozeßordnungen kein anderes als das Gericht, vor dem die frühere Hauptverhandlung stattgefunden hat, weshalb in der St. P. O. darüber überhaupt keine besondere Bestimmung getroffen ist.

Ueber das für die Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag zuständige Gericht ist im § 367 St. P. O. bestimmt: „Ueber die Zulassung des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens entscheidet das Gericht, dessen Urteil mit dem Antrag angefochten wird. Wird ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil aus anderen Gründen als auf Grund des § 359 Nr. 3 oder des § 362 Nr. 3 angefochten, so entscheidet das Gericht, gegen dessen Urteil die Revision eingelegt war. Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung."

II. Aus § 367 folgt zunächst, daß der Antrag prinzipiell bei dem Gericht anzubringen ist, dessen Urteil angefochten wird. Bei Revisionsurteilen dagegen entscheidet über den Wiederaufnahmeantrag das Gericht, dessen Urteil mit der Revision angefochten war, also in der Regel das Untergericht, weil die Wiederaufnahme sich normalerweise gegen Tatsachenfeststellungen richtet, die Tatsachen aber bereits durch das Untergericht festgestellt werden, ohne daß das Revisionsgericht daran zu rütteln vermag. Eine Ausnahme gilt lediglich für die Fälle des § 359 Z. 3, § 362 Z. 3, wo von der Amtspflichtverletzung des Richters die Rede ist; hier liegt die Fehlerquelle in dem Urteil des Revisionsgerichts selbst, weshalb nach der Anordnung des Gesetzes auch nur das Revisionsgericht über den Wiederaufnahmeantrag entscheiden darf.

Der Umstand, daß aus der Regelung im § 367 noch nicht ohne weiteres ersichtlich ist, welches Urteil nun eigentlich Gegenstand der Anfechtung ist, hat dazu geführt, daß in der Literatur und den Kommentaren die Einzelfälle besonders aufgezählt werden.

Einfach liegt der Fall, wenn ein Urteil erster Instanz mit der Wiederaufnahme angefochten wird; hier entscheidet dasselbe Gericht, also das Gericht erster Instanz über das Wiederaufnahmegesuch. Schwieriger gestaltet sich die Frage in den Fällen, in denen Urteile verschiedener Instanzen ergangen sind. Dazu hat besonders v. Kries [266] Stellung genommen, der bezüglich des Revisionsurteils ausführt:

a) Wenn der Revisionsrichter auf Verwerfung der Revision erkannt hat, so steht dieses Urteil, wenn es die Sache selbst nicht betrifft, in keiner Beziehung zu dem Wiederaufnahmeantrag; wenn der Wiederaufnahmeantrag auf Beseitigung der getroffenen Feststellungen geht, kann nur das Urteil der Vorinstanz als das angefochtene angesehen werden. Das gleiche gilt für den Fall, daß der Revisionsrichter unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz in der Sache selbst entschieden hat; hier hat sein Urteil die tatsächlichen Feststellungen des ersten Richters in sich aufgenommen, da der Revisionsrichter zu selbständigen Feststellungen nicht befugt ist. Auch hier kann nur das Urteil der Vorinstanz als angefochten angesehen werden, weshalb das Untergericht über den Wiederaufnahmeantrag zu entscheiden hat. Löwe [267] meint zwar, in diesem Fall sei nur das Urteil des Revisionsgerichtes Gegenstand der Anfechtung; nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 367 sei aber in diesem Falle das Gericht der Vorinstanz für die Entscheidung zuständig. Diese Auffassung läßt sich auf Grund des Gesetzestextes zwar vertreten, die Ansicht von v. Kries scheint aber aus der rechtlichen Natur des Wiederaufnahmeverfahrens besser begründet zu sein.

b) Wenn der Antrag auf einen innerhalb des Revisionsverfahrens liegenden Wiederaufnahmegrund, also z. B. auf Amtspflichtverletzung eines Richters gestützt wird, ist nur das Revisionsurteil Gegenstand der Anfechtung; deshalb entscheidet

[266] v. Kries 1880, S. 446—451, sowie Aufzählung der einzelnen Fälle bei Löwe zu § 367, N. 2.

[267] Löwe § 367, N. 2a.

auf Grund ausdrücklicher Gesetzesvorschrift in diesem Falle das Revisionsgericht über den Wiederaufnahmeantrag. Dabei hat hier sich die Streitfrage erhoben, ob die Vorschrift des § 367 Abs. I S. 2 nicht auch auf die Fälle des § 359 bezw. § 362 Z. 1 und 2 ausgedehnt werden kann, wenn z. B. eine Fälschung des Sitzungsprotokolls der Vorinstanz stattgefunden hat und diese Fälschung auf die Entscheidung des Revisionsgerichts Einfluß gehabt hat. Ein Teil der Schriftsteller[268] bejaht die Möglichkeit, daß das Revisionsgericht über solche Fälle entscheiden könne, während neuerdings[269] eine Ausdehnung zwar für wünschenswert, aber mit dem Gesetzeswortlaut unvereinbar und deshalb für unstatthaft gehalten wird.

Bezüglich des Berufungsurteils führt v. Kries aus:

a) Wenn der Berufungsrichter in sachlicher Beziehung neu verhandelt hat, stellt die Verhandlung in zweiter Instanz eine vollständige Erneuerung der ersten Instanz dar, das neue Urteil ergeht also nur auf Grund der Verhandlungen vor dem Berufungsgericht. In diesem Falle wird nur dieses Urteil durch den Wiederaufnahmeantrag angefochten, weshalb auch nur das Berufungsgericht über den Wiederaufnahmeantrag zu entscheiden hat.

b) Wenn dagegen das Berufungsgericht über die Schuldfrage gar nicht entschieden hat, sondern das Rechtsmittel als unzulässig verworfen oder nur über das Strafmaß neu entschieden hat, dann ist das Urteil erster Instanz das angefochtene, über den Wiederaufnahmeantrag ist daher vom Gericht erster Instanz zu entscheiden.

III. An der Regelung, daß für die Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag grundsätzlich der iudex a quo zuständig sein soll, haben trotz vielfacher Angriffe auch der E. 1908 § 357, Winkler § 356 IV und der E. 1920 § 352 festgehalten. Es heißt dort nahezu gleichlautend: „Der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ist im Falle des § 352 (Amtspflichtverletzung des Richters) bei dem Gerichte, bei dem der Schuldige als Richter, Schöffe oder Geschworener mitgewirkt hat, im übrigen bei dem Gerichte anzubringen, dessen Feststellungen angegriffen werden." Wenn auch diese Fassung formell eine

[268] v. Kries 1880, S. 447, Löwe, ältere Auflagen, Begründung zum E. 1908, § 357, S. 318.

[269] Löwe § 367, N. 2 a, Ewald S. 72.

Vereinfachung gegenüber dem geltenden Recht bedeutet, wird doch starr an der Entscheidung durch den iudex a quo festgehalten; in der Begründung zum E. 1908 § 357 ist sogar ausgeführt, es entspreche „der Natur der Sache", daß im Falle der Amtspflichtverletzung des Richters der Wiederaufnahmeantrag bei dem Gerichte anzubringen sei, bei dessen Urteil der schuldige Richter, Schöffe oder Geschworene mitgewirkt habe. Ganz abgesehen davon, daß speziell in diesem Falle eine Entscheidung durch dasselbe Gericht bedenklich erscheinen muß,[270] obwohl der Richter, der sich einer strafbaren Amtspflichtverletzung schuldig gemacht hat, dabei selbstverständlich nicht mitwirkt, wird im Gegensatz zu Ewald,[271] der sich ohne nähere Prüfung mit der Regelung im geltenden Recht einverstanden erklärt, ganz allgemein zu prüfen sein, ob das Festhalten am iudex a quo sich mit unserer modernen Rechtsauffassung überhaupt noch vereinbaren läßt.

§ 14.

Gründe für den iudex a quo.

I. In den Motiven zur St. P. O. von 1877[272] ist ausgeführt: „Der Entwurf überträgt das Verfahren und die Entscheidung über den Antrag dem Gericht, welches in erster Instanz erkannt hat, und nicht, wie andere Gesetzgebungen (z. B. die sächs. St. P. O. Art. 494 a und unter besonderen Voraussetzungen die württ. St. P. O. Art. 478) es tun, dem zunächst höheren Gericht oder dem Reichsgericht. Denn dem Antrag wohnt nicht die Bedeutung bei, als werde behauptet, das Gericht erster Instanz habe die ihm vorgeführte Sachlage unrichtig beurteilt; vielmehr soll damit nur die Frage zur Prüfung gestellt werden, ob es unter der Voraussetzung, daß die neu behaupteten Tatsachen und Beweise schon in der ersten Untersuchung vorgelegen hätten, zu einem anderen als dem gefällten Urteil hätte kommen müssen. Zu einer Entscheidung über diese Frage ist aber das Gericht, welches das angefochtene Urteil erlassen hat, in erster Linie berufen."

---

[270] Rosenblatt Z. 29, S. 487.

[271] Ewald, S. 32—33, 134—135.

[272] Vergl. Hahn, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. III Abtlg. I, S. 266.

Walther[273] kritisiert die Auffassung des französischen Rechts, wonach beim Wiederaufnahmeverfahren eine Mitwirkung des obersten Gerichtshofs unentbehrlich sei. Eine Mitwirkung des Obergerichts habe nur dann einen Sinn, wenn das Untergericht sich bei der Entscheidung einen Fehler habe zuschulden kommen lassen; nur in diesem Fall müsse die Entscheidung einem Obergericht übertragen werden, weil sonst das Untergericht gleichsam iudex in propria casa sei. Die Wiederaufnahme stütze sich aber auf ein novum, auf eine dem iudex a quo z. Zt. der Entscheidung unbekannte Tatsache, enthalte also keinen Vorwurf gegen den iudex a quo. Auch Schwarze[274] spricht von der wesentlich modifizierten Sachlage, die eine neue, dem nunmehrigen wahren Sachverhalt entsprechende Entscheidung erforderlich mache, die ohne weiteres von dem iudex a quo getroffen werden könne, weil der Wiederaufnahmeantrag ja keinen Vorwurf gegen den iudex a quo enthalte.

Dieses Argument, das sich aus der rechtlichen Natur der Wiederaufnahme ergibt, war für das geltende Strafprozeßrecht ausschlaggebend; es war zum mindesten z. Zt. der Entstehung unserer heutigen St. P. O. so überzeugend, daß man in den Motiven auf die Gegengründe gar nicht eingegangen ist und auch in den Entwürfen diese Frage nicht angeschnitten hat.

II. Daneben wird für den iudex a quo geltend gemacht, er wisse am besten, was für die frühere Verurteilung ausschlaggebend gewesen sei;[275] deshalb biete seine Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag auch Gewähr dafür, daß nur begründete Wiederaufnahmeanträge zugelassen werden. Denn nur der frühere Richter, der sich schon einmal mit der Sache befaßt habe, werde am besten abwägen können, welche Wandlung von den nova zu erwarten sei,[276] was besonders auch für die Prüfung der Erheblichkeit der nova gelte. Auch Hellwig[277] hält den Richter, der den Angeklagten in der früheren Verhandlung kennengelernt hat, für geeigneter, weil das Aktenstudium niemals den lebendigen Eindruck der Hauptverhandlung ersetze, weil besonders der persönliche Eindruck, den der An-

[273] Walther 1853 II, S. 184.

[274] Schwarze 1879, S. 325—326.

[275] Alsberg, S. 82.

[276] Herkerath, S. 24.

[277] Hellwig, S. 105.

geklagte in der Hauptverhandlung machte, für die Beurteilung des Wiederaufnahmegesuchs von Wichtigkeit sei. Auch diese Gründe, die der bereits oben erwähnten Gefahr begegnen wollen, daß die neue Entscheidung oft der materiellen Wahrheit weniger entspricht als die ursprüngliche, haben zwar eine gewisse Berechtigung. Immerhin wird auch ein neuer Richter, vorausgesetzt, daß das frühere Urteil gut begründet war, sich bei einiger Vertiefung in dem betr. Fall ein richtiges Bild machen können; seine Beurteilung des Wiederaufnahmeantrags wird an Sicherheit noch gewinnen, wenn, wie von vielen Seiten gefordert,[278] auch die Prüfung des Wiederaufnahmegesuchs in mündlicher Verhandlung stattfindet, weil ja dann auch der neue Richter auf Grund seines persönlichen Eindrucks seine Entscheidung treffen kann.

III. Walther[279] macht für den iudex a quo ferner geltend, durch Uebertragung der Prüfung und Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch an den iudex a quo erziele man eine bedeutende Vereinfachung des Wiederaufnahmeverfahrens. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Ziel des Wiederaufnahmeverfahrens in erster Linie Gerechtigkeit ist, wobei der Gesichtspunkt der Einfachheit in keiner Weise maßgebend sein darf. Auch Hellwig[280] vertritt dieselbe Ansicht, wenn er ausführt, der Richter, der das Urteil gefällt habe, sei über die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse am besten informiert, er könne mit dem geringsten Kräfteaufwand beurteilen, welche Bedeutung dem Vorbringen des Verurteilten beizumessen sei. In umfangreichen Sachen würden die oft langatmigen, wiederholten Wiederaufnahmegesuche demjenigen Richter, der die Akten nicht kennt, ungeheure Arbeit machen. Dem ist entgegenzuhalten, daß ein viel beschäftiger Richter besonders nach Ablauf einer bestimmten Zeit Einzelfälle wieder vergißt, so daß auch er sich erst wieder einarbeiten muß. Sehr oft ist auch der Richter nicht mehr derselbe, weil die Geschäftsverteilung geändert, das Kollegium anders besetzt, der Einzelrichter versetzt worden ist; dann muß sich ohne weiteres ein neuer Richter mit der Sache befassen. Außerdem macht auch die Berufung in umfangreichen Sachen dem neuen Richter viel Geschäft, ohne daß je-

[278] Hellwig S. 105, Rosenblatt Z. 29, S. 486.

[279] Walther 1853 II, S. 185.

[280] Hellwig, S. 105.

mand deshalb auch nur im Entferntesten daran gedacht hätte, den iudex a quo mit der Berufung zu betrauen. Wenn man auch zugeben muß, daß die Prüfung durch den mit der Sache bereits vertrauten iudex a quo eine gewisse Ersparnis an Zeit und Arbeit bedeutet, so darf man diese Ersparnis jedenfalls nicht überschätzen.[281] Auf alle Fälle darf aus Sparsamkeitsgründen das höhere Ziel der Gerechtigkeit nicht notleiden.

§ 15.

Gründe gegen den iudex a quo.

I. Wenn auch oben im § 6 ausgeführt worden ist, daß die ordentlichen Rechtsmittel der Berufung und der Revision scharf von dem „außerordentlichen Rechtsbehelf" der Wiederaufnahme zu trennen sind, so ist doch nicht einzusehen, warum der § 23 St. P. O. nur für die Rechtsmittel im engeren Sinn gelten soll. Der § 23 St. P. O. enthält die Bestimmung, daß ein Richter, welcher bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, von der Mitwirkung bei der Entscheidung höherer Instanz kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Weil die Wiederaufnahme aber kein Rechtsmittel im technischen Sinne ist, findet herrschender Ansicht nach dieser Satz bei der Wiederaufnahme keine Anwendung.

Diese Auffasung wird neuerdings mehrfach bekämpft. Alsberg[282] empfindet es mit Recht als inneren Widerspruch, daß bei den ordentlichen Rechtsmitteln, wo bloß eine zu Unrecht drohende Strafe abgewendet wird, ein anderer Richter entscheidet, während bei „dem außerordentlichen Rechtsmittel" der Wiederaufnahme, wo es anzuerkennen gilt, daß jemand zu Unrecht bestraft wurde, derselbe Richter mitwirken darf. Nach v. Lilienthal[283] würde es den allgemeinen Regeln des Prozesses viel eher entsprechen, wenn man auch bei der Wiederaufnahme des Verfahrens die Mitwirkung eines Richters in einem früheren Stadium des Prozesses für einen Ausschließungsgrund ansehen würde. Rosenblatt,[284] einer der Vorkämpfer für das Wiederaufnahmeverfahren, der auch zu der Regelung der Wiederaufnahme im E. 1908 Stellung nimmt, hält eine Reform des

[281] Dietz, das Recht, Bd. 19, S. 630.

[282] Alsberg, S. 83.

[283] v. Lilienthal Z. 29, S. 770.

[284] Rosenblatt Z. 23, S. 580 ff.

Wiederaufnahmeverfahrens für nebensächlich und wertlos, solange sie nicht eine Beseitigung des iudex a quo und mündliche Verhandlung bei der Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag bringt.[285] Er fordert ausdrücklich, daß die von allen neueren Strafprozeßordnungen angenommene Bestimmung, wonach der iudex a quo von der Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch ausgeschlossen sein soll, auch im deutschen Strafprozeßrecht anerkannt werde, weil nur dadurch das Wiederaufnahmeverfahren zu einem vollwertigen, außerordentlichen Rechtsbehelf ausgestaltet werden kann.

Arnold[286] hält es in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der damals geltenden Partikulargesetze für selbstverständlich, daß zur Kassation zwar nur der oberste Gerichtshof zuständig sein soll, daß aber zur Einreichung des Antrags und zur weiteren Behandlung desselben (Erhebung von Beweisen, Erklärung des Staatsanwalts) das Gericht am geeignetsten ist, das die frühere Entscheidung getroffen hat. Dann erst, wenn also das Gesuch entsprechend vorbehandelt ist, findet die Entscheidung des obersten Gerichtshofs statt; dabei ist, falls auf Kassation erkannt wird, zu prüfen, ob und an welches Gericht die Sache nun zur nochmaligen Verhandlung und Aburteilung zu verweisen ist. Die Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch, worauf es hier besonders ankommt, lag also damals beim obersten Gericht. Da mit dieser Entscheidung auch im geltenden Recht in der Regel eine Aufhebung des früheren Urteils verbunden ist, wäre es wünschenswert, daß auch heute nur ein höheres Gericht über das Wiederaufnahmegesuch entscheidet und gleichzeitig auch das frühere Urteil aufhebt. Im geltenden Recht wird zwar das frühere Urteil erst in der erneuten Hauptverhandlung aufgehoben, praktisch wird es aber schon durch einen Beschluß nach § 370 II außer Kraft gesetzt.[287] Wenn man das Rechtskraftprinzip einigermaßen hoch einschätzt, ist es unverständlich, daß der iudex a quo (also z. B. der Amtsrichter) diese Rechtskraft soll beseitigen können, während es sonst immer Sache des nächsthöheren Gerichtes ist, ein Urteil des Untergerichts aufzuheben. Geradeso, wie in Gnadensachen nach früherem und noch heute geltendem Recht immer die höchste Instanz, also das Staatsoberhaupt oder der Justiz-

[285] Rosenblatt Z. 29, S. 488.

[286] Arnold G.S., Bd. 1, 3. Jahrgang, S. 68—69.

[287] Vergl. oben § 10 V.

minister als oberstes Organ der Rechtspflege angerufen wird, sollten auch Wiederaufnahmegesuche entsprechend ihrer oft ganz außerordentlichen Bedeutung nur der höchsten Instanz unterbreitet werden. Abgesehen davon, daß also auch im älteren Recht nur vom höheren Gericht über das Wiederaufnahmegesuch entschieden worden ist,[288] wäre eine entsprechende Regelung mit den Grundsätzen des heute geltenden Strafprozeßrechts durchaus in Einklang zu bringen, sodaß man sich eigentlich wundern muß, daß diese Forderung erst von Rosenblatt aufgestellt und in der Rechtswissenschaft nicht mit größerem Nachdruck unterstützt worden ist.

II. Erst neuerdings wurden Stimmen laut, die die Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens im geltenden Recht für verfehlt halten. So mißt Hellwig[289] der Wiederaufnahme, wie sie in der St. P. O. geregelt ist, nur beschränkte Bedeutung bei. Seiner Auffassung nach scheitert in einer Reihe von Fällen das Wiederaufnahmeverfahren am iudex a quo; es sei nur zu erklärlich, daß diese Richter in gewissem Maße befangen seien und nur widerwillig ihre, in der verurteilenden Entscheidung zum Ausdruck gekommene Ueberzeugung ändern. Auch v. Lilienthal[290] spricht von der feindseligen Einstellung der Gerichte gegenüber dem Wiederaufnahmeverfahren und meint, eine Wiederaufnahme wäre leichter durchzusetzen, wenn nicht der iudex a quo auch zur Entscheidung über das Wiederaufnahmeverfahren berufen wäre. Frank[291] nennt es einen Systemfehler, daß der iudex a quo beim Wiederaufnahmeverfahren mitwirke. Auch in der Begründung zum E. 1908[292] muß zugegeben werden, man müsse zuweilen beobachten, daß das Gericht, dessen Feststellungen durch den Wiederaufnahmeantrag angegriffen werde, dem Antrage zunächst eine gewisse Abneigung entgegenbringe; immerhin heißt es dann weiter, trotzdem dürfe man die Entscheidung nicht einem von vorneherein unbeteiligten Gericht übertragen, weil das von Anfang an mit der Sache befaßte Gericht am besten geeignet sei, be-

---

[288] Vergl. auch sächs. St.P.O., Art. 494 a und württ. St.P.O. Art. 478, Motive III, 1. Abteilung, S. 266.

[289] Hellwig, S. 104.

[290] v. Lilienthal, Enzykl. der Rechts- und Staatswiss., Bd. 21 von 1923, § 42, S. 74.

[291] Frank, Strafprozessrechtsvorlesung, S. S. 1924.

[292] E. 1908, S. 319.

sonders über die Frage der Neuheit der vorgebrachten Beweismittel zu entscheiden. Rosenblatt[293] drückt es noch schärfer aus, wenn er ausführt, der iudex a quo sei dem Wiederaufnahmeantrag a priori nicht geneigt; er fasse ihn als eine Belästigung des Gerichtes auf; er sei gegen den Verurteilten, den er nach reiflicher Prüfung und Ueberlegung schuldig gesprochen hat und der nun plötzlich wegen einer Wiederaufnahme des Verfahrens an ihn herantritt, voreingenommen.

Auf die Frage der Befangenheit ist in diesem Zusammenhang noch des näheren einzugehen; dabei ist festzustellen, daß die Zahl derer, die von einer Befangenheit des iudex a quo reden, im Zunehmen begriffen ist. Rosenblatt[294] bezeichnet es vom psychologischen Standpunkt aus als vollständig verfehlt, wenn man einem Richter zumuten will, sein Urteil umzustoßen, es als verfehlt anzuerkennen und offen zu gestehen, daß er sich bei der Urteilsfällung über die Schuld des Angeklagten, wenn auch ohne sein Verschulden, geirrt habe. Es sei Erfahrungstatsache, daß die Richter zäh an ihren Urteilen festhalten, weil niemand sich gerne selber desavouiere. Dies gilt in noch verstärktem Maß für den Fall, daß eine besonders schwere Strafe ausgesprochen, daß der Verurteilte inzwischen im Gefängnis gestorben oder gar hingerichtet worden ist; in solchen Fällen wird der Richter aus Prestigegründen erst recht an dem einmal gefällten Urteilsspruch festhalten, während er sich in weniger wichtigen Fällen vielleicht eher zu einer Aenderung seines Standpunkts entschließen wird. Der Richter wird durch ein Wiederaufnahmeverfahren unwillkürlich in eine Verteidigungsstellung gedrängt, und er wird, ohne daß man an seinem Willen zur Objektivität auch nur den leisesten Zweifel zu hegen braucht, rein gefühlsmäßig bestrebt sein, die Haltbarkeit seines früheren Urteils nachzuweisen. Auf jeden Fall würde man ihm durch Beseitigung des iudex a quo einen Gewissenskonflikt ersparen, ob er nämlich sich selbst desavouieren, einen Justizirrtum zugeben oder, um das Ansehen der Justiz und sein eigenes Prestige nicht zu gefährden, das Wiederaufnahmegesuch ablehnen, also vielleicht ein Fehlurteil aufrechterhalten will. Auch Dietz,[295] der auf Rosenblatt Bezug nimmt, glaubt eine Befangenheit des iudex a quo aus diesen Gründen bejahen zu

[293] Rosenblatt Z. 23, S. 592.

[294] Rosenblatt Z. 23, S. 592 ff., Z. 29, S. 480 ff.

[295] Dietz, Recht, Bd. 19, S. 631.

müssen. Nach Alsberg[296] enthält der Wiederaufnahmeantrag immer eine Kritik am alten Urteil, er enthält Vorwürfe, gegen die der Richter sich verteidigen zu müssen glaubt; sich verteidigen und unbefangen richten ist aber nicht miteinander vereinbar. Deshalb hält auch Alsberg den iudex a quo nicht für geeignet und tritt nachdrücklich für eine Aenderung des geltenden Rechts ein.

Selbst wenn man von Befangenheit nur in einzelnen Fällen reden will, so ist doch die Gefahr, die für die Rechtspflege daraus erwachsen kann, außerordentlich groß. Denn von Befangenheit eines Richters wird in der Regel in besonders aufsehenerregenden Fällen die Rede sein; Nachteile, die sich bei solchen Einzelfällen zeigen, werden dann gerne verallgemeinert und dadurch wird das lanze Institut der Wiederaufnahme in Mißkredit gebracht. So viel ist sicher: Eine Gefahrenquelle liegt in dem iudex a quo; Abhilfe kann man nur dadurch schaffen, daß man die Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch dem Obergericht überträgt.[297] Dann ist Gewähr dafür geboten, daß das Gerede von der Wertlosigkeit des Wiederaufnahmeverfahrens verstummt und ein weiterer Punkt des Mißtrauens gegenüber unserer heutigen Rechtspflege aus der Welt geschafft wird. Der allgemein anerkannte Grundsatz, daß ein Richter sich der Ausübung jeder amtlichen Tätigkeit enthalten soll, wenn gegen ihn auch nur der geringste Verdacht der Befangenheit vorliegt, muß eben auch für die Wiederaufnahme des Verfahrens gelten. Dabei ist die Ablehnungsmöglichkeit durch den Verurteilten, wie sie im § 24 St. P. O. vorgesehen ist, absolut ungenügend; so gut wie der iudex a quo von der Mitwirkung in der Rechtsmittelinstanz gemäß § 23 St. P. O. kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, muß er auch von der Mitwirkung bei der Entscheidung über das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederaufnahme ausgeschlossen sein. Wenn sich hinter diese Forderung der deutsche Anwaltsverein stellt,[298] so ist daraus immerhin der Schluß zu ziehen, daß das Wiederaufnahmeverfahren des geltenden Rechts sich in dieser Beziehung als mangelhaft erwiesen hat, und daß von der Praxis nicht ohne Grund eine prinzipielle Aenderung erstrebt wird.

---

[296] Alsberg, S. 81.

[297] So auch Schoetensack, Strafprozessvorlesung.

[298] Vergl. Winkler, G.S. 78, S. 340.

III. Das österr. Recht durchbricht die unbedingte Herrschaft des iudex a quo wenigstens in der Beschwerdeinstanz. In St. P. O. § 357 Abs. 3 und 4 ist bestimmt, daß gegen einen Beschluß über die Statthaftigkeit des Wiederaufnahmeverfahrens eine Beschwerde an den Gerichtshof zweiter Instanz gegeben ist. Wörtlich heißt es dann: „Beschließt der Gerichtshof 2. Instanz die Wiederaufnahme des Verfahrens, so ist er auch berechtigt, einen anderen Gerichtshof zur Führung der Untersuchung zu bestellen." Gleispach [299] begründet die Bestellung eines anderen Untergerichts damit, daß das Gericht als voreingenommen erscheinen kann, welches in einer Sache zuerst entschieden und dann in der Frage der Wiederaufnahme sich ablehnend verhalten hat. Der E. 1908 hat diese Vorschrift übernommen, indem er im § 358 III bestimmt: „Wird die Beschwerde (gegen einen Wiederaufnahmebeschluß) vom Obergericht für begründet erachtet, so ist die Sache zur weiteren Entscheidung an das Gericht, dessen Beschluß aufgehoben wird, zurückzuverweisen; sofern es angemessen erscheint, kann sie an ein anderes, zu dem Bezirk des Beschwerdegerichts gehörendes, benachbartes Gericht gleicher Ordnung verwiesen werden." Winkler führt neben dieser Vorschrift im § 358 III am Ende noch aus, daß, wenn der Beschluß von einem Amtsgericht erlassen worden ist, die Verhandlung und Entscheidung auch einer anderen Abteilung desselben Amtsgerichts übertragen werden kann. Nach Winkler [300] genügt diese Kannvorschrift des Entwurfs; er nimmt an, das Beschwerdegericht werde in Fällen etwaiger Befangenheit des Untergerichts von der Ueberweisungsbefugnis sachgemäßen Gebrauch machen, sodaß die Aufnahme einer entsprechenden Mußvorschrift nicht erforderlich sei.

Schon der E. 1908, Winkler und der E. 1920 nehmen Bezug auf eine entsprechende Bestimmung bei der Revision; im § 354 II St. P. O. heißt es: „In anderen Fällen ist die Sache zur anderweitigen Entscheidung und Verhandlung an das Gericht, dessen Urteil aufgehoben ist, oder an ein, demselben deutschen Lande angehöriges, benachbartes Gericht gleicher Ordnung zurück zu verweisen." Es unterliegt also lediglich dem Ermessen des Revisionsgerichts, ob eine Sache an dasjenige Gericht, dessen Urteil aufgehoben worden ist, oder an ein anderes Ge-

[299] Gleispach, 2. Auflage 1924, S. 302.

[300] Winkler G.S. 78, S. 340.

richt zurückverwiesen wird. In den Kommissionsberatungen zur geltenden St. P. O. wurde dargelegt, daß erfahrungsgemäß in einzelnen Fällen die anderweitige Verhandlung und Entscheidung der Sache durch das frühere Gericht nicht angezeigt sei. Die Minderheit der Kommission brachte zwar vor, diese Bestimmung lasse ein Mißtrauen gegen das frühere Gericht erkennen. Trotzdem hat man die Vorschrift des § 354 II St. P. O. aufgenommen, aus dem Bestreben, durch Berücksichtigung der Psychologie des Richters die Zuverlässigkeit der Strafrechtspflege zu erhöhen.[301] Was in dieser Beziehung für die Revision gilt, muß in verstärktem Maße für das Wiederaufnahmeverfahren gelten.

Wenn auch das Prinzip des iudex a quo zunächst bloß für die Beschwerdeinstanz durchbrochen worden ist, so scheint damit doch der Anfang zur Einschränkung bezw. Beseitigung des iudex a quo gemacht zu sein. So gut man Voreingenommenheit des Untergerichts annimmt, für den Fall, daß ein Gericht in einer Sache zuerst entschieden und sich dann in der Frage der Wiederaufnahme ablehnend verhalten hat, ebensogut kann man daran denken, daß das Untergericht schon bei der Prüfung des Wiederaufnahmeantrags nicht ganz unbefangen ist. So gut die Beschwerdeinstanz die Möglichkeit hat, ein anderes Untergericht mit der neuen Untersuchung zu beauftragen, ebensogut sollte man, wo Befangenheit des früheren Gerichts vom Antragsteller geltend gemacht wird, auch die Möglichkeit haben, ein anderes Gericht mit der erneuten Prüfung zu beauftragen. Von einer solchen Regelung wäre dann kein allzugroßer Schritt mehr zu der gänzlichen Beseitigung des iudex a quo, die schon deswegen empfehlenswert wäre, weil damit die Prüfung der Frage der Befangenheit überflüssig würde und auf alle Fälle Garantie für eine unbefangene Behandlung sämtlicher Wiederaufnahmeanträge gegeben wäre.

IV. Bei Behandlung dieses Problems ist es von Interesse, zu erfahren, welche Regelung in anderen Strafprozeßordnungen getroffen worden ist. In der im Vergleich mit der St. P. O. von 1877 verhältnismäßig modernen R. M. St. G. O. vom 1. 12. 1898 ist im § 443 I bezw. § 446 I bestimmt, daß über die Zulässigkeit und Begründetheit eines Wiederaufnahmeantrags das Reichsmilitärgericht entscheidet. Im § 446 III ist weiter bestimmt, daß, falls der Wiederaufnahmeantrag nicht

[301] Dietz, Recht, Bd. 19, S. 631—32.

als unbegründet verworfen wird, das Reichsmilitärgericht die Wiederaufnahme des Verfahrens, sowie die Erneuerung der Hauptverhandlung anordnet, unter Bezeichnung des Gerichts, bei welchem die erneute Hauptverhandlung stattfinden soll.

Nach der Begründung zur R. M. St. G. O. ist die Entscheidung über Wiederaufnahmeanträge dem Reichsmilitärgericht zugewiesen worden, „weil andere ständige Militärgerichte nicht vorhanden seien und weil es wünschenswert erscheine, eine einheitliche Ausführung der betr. Gesetzesstellen zu sichern."[302] Schon die Beauftragung des Reichsmilitärgerichts mit der Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch bedeutet gegenüber dem § 367 St. P. O. eine wesentliche Vereinfachung; von noch größerer Bedeutung für das Problem des iudex a quo ist aber die Bestimmung in R. M. St. G. O. § 446 III, wonach die neue Hauptverhandlung zwar naturgemäß vor dem früheren Gericht stattfindet, das Reichsmilitärgericht aus Zweckmäßigkeitsgründen[303] aber auch ein anderes Gericht bezeichnen kann, vor dem die erneute Hauptverhandlung stattfinden soll. Die Verweisung an ein anderes Gericht findet also statt, wenn prozessuale Rücksichten dies zweckmäßig erscheinen lassen oder wenn, wie Stenglein[304] ausdrücklich bemerkt, Befangenheit des früheren Gerichts zu besorgen ist. Die Besorgnis der Befangenheit mochte bei Militärstrafgerichten stärker sein als bei Zivilstrafgerichten, weil die Militärstrafgerichte vorwiegend mit Offizieren, also nicht Juristen, besetzt waren (Standgericht 3 Offiziere; Kriegsgericht 1 Kriegsgerichtsrat, 4 Offiziere; Oberkriegsgericht 2 Kriegsgerichtsräte, 5 Offiziere; Reichsmilitärgericht 3 Juristen und 4 Offiziere). Diese Gefahr der Befangenheit ist bei Zivilstrafgerichten wohl kleiner, aber schon die Möglichkeit, daß in dieser Beziehung Vorwürfe gegen die Strafrechtspflege erhoben werden könnten, sollte genügen, daß auch hier durch Beseitigung des iudex a quo Abhilfe geschaffen wird.

V. In diesem Zusammenhang sind weiter von Bedeutung die Ausnahmegesetze der Kriegs- und Nachkriegszeit, soweit sie strafprozessuale Bestimmungen enthalten. Durch das Gesetz über die Einsetzung von Volksgerichten bei inneren Un-

[302] Dietz, Recht, Bd. 19, S. 631.

[303] Vergl. Koppmann, Kommentar zur R.M.St.G.O. § 446, N. 10.

[304] Vergl. Stenglein, Komm. zur R.M.St.G.O. § 446, N. 4.

ruhen vom 12. Juli 1919[305] ist in Bayern die Strafrechtspflege außerordentlichen Gerichten übertragen gewesen, die in einer Besetzung von 2 Berufsrichtern und 3 Laien entschieden haben und gegen deren Urteile es kein Rechtsmittel gab. Diese Gerichte haben nach langwierigen Auseinandersetzungen in den Parlamenten und Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bayern und dem Reich am 31. März 1924 ihre Tätigkeit eingestellt.[306] Durch Reichsgesetz vom 4. Juli 1925[307] wurden besondere Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens gegenüber Urteilen dieser Gerichte gegeben. Von besonderem Interesse sind die Bestimmungen in Art. I § 2, wo es heißt: „Darüber, ob der Antrag auf Wiederaufnahme zulässig oder begründet ist, entscheidet die Strafkammer" und in Art. I § 4: „Wer in dem wiederaufzunehmenden Verfahren als Richter mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei der Entscheidung über die Wiederaufnahme und in der erneuten Hauptverhandlung ausgeschlossen." Die Strafkammer wird mit der Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag wohl deshalb betraut, weil sie in ihrer Besetzung mit 3 Richtern am ehesten als gesetzmäßige Nachfolgerin der Volksgerichte in Betracht kommt. Die Bestimmung, daß ein an einem Volksgerichtsurteil beteiligter Richter weder bei der Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag noch bei der erneuten Hauptverhandlung mitwirken darf, mag in erster Linie auf die Abneigung zurückzuführen sein, die man nach Eintritt geordneter Zustände diesen außerordentlichen Gerichten der Revolutions- und Nachkriegszeit entgegengebracht hat. Daraus erklären sich auch die scharfen Angriffe gegen die Urteile der bayr. Volksgerichte, besonders soweit sie Straftaten politischen Inhalts betrafen. Im übrigen wird nachträglich übereinstimmend anerkannt,[308] daß die bayr. Volksgerichte in Notzeiten Außerordentliches geleistet und im allgemeinen gut gearbeitet haben. Der Ausschluß des iudex a quo bei der Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag und in der erneuten Hauptverhandlung kann also nicht lediglich auf die prinzipielle Abneigung gegen diese außerordentlichen Gerichte zurückzuführen sein; der tiefere Grund ist vielmehr der,

[305] Vergl. Gesetz- u. Verord.-Blatt für den Freistaat Bayern 1919, S. 365.

[306] Vergl. Gesetz- u. Verord.-Blatt für den Freistaat Bayern 1924, S. 128.

[307] Reichsgesetzblatt 1925 I, S. 95.

[308] Müller-Meiningen, Aus Bayerns schwersten Tagen, 1923, S. 216 ff. Auch D.R.Z. 1924, Bd. 16, S. 248—49.

daß man allmählich von der Unbefangenheit und Zweckmäßigkeit des iudex a quo nicht mehr überzeugt ist und daß man etwaige Angriffe dadurch von vornherein unmöglich macht, daß man den iudex a quo ganz ausschaltet. — Aehnliche Bestimungen sind in dem Gesetz über das Wiederaufnahmeverfahren gegenüber Urteilen der außerordentlichen Kriegsgerichte vom 10. Mai 1920[309] enthalten. Auch hier entscheidet über Wiederaufnahmeanträge die Strafkammer; ist der Wiederaufnahmeantrag begründet, so ist die erneute Hauptverhandlung vor dem zuständigen ordentlichen Gericht anzuordnen. Von besonderem Interesse ist die Bestimmung, daß die Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten auch dann stattfindet, wenn Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die es notwendig erscheinen lassen, die Sache im ordentlichen Verfahren nachzuprüfen. Durch diese Generalklausel ist Gewähr dafür geboten, daß übereilte Sprüche, die in Zeiten des Kriegs- und Belagerungszustandes gefällt worden sind, einer Nachprüfung durch das ordentliche Gericht unterzogen werden können, ohne daß das Vorliegen eines der im § 359 Z. 1—5 genannten Gründe ausdrücklich nachgewiesen zu sein braucht. Letztere Bestimmung ist auch in der Wuchergerichtsordnung vom 27. Nov. 1919[310] enthalten. Das Wiederaufnahmeverfahren gegen Urteile der Wuchergerichte ist in der neugefaßten Wuchergerichtsordnung vom 13. Juli 1923[311] in Abs. 1—4 geregelt. Hier wird bestimmt, daß über den Wiederaufnahmeantrag die Strafkammer entscheidet, daß eine Wiederaufnahme zu Gunsten stattfindet, wenn aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen eine Nachprüfung der Sache in ordentlichen Verfahren erforderlich erscheint, daß auch die erneute Hauptverhandlung vor der Strafkammer stattfindet und daß ein Richter oder Schöffe, welcher an einem Wuchergerichtsurteil mitgewirkt hat, von der Mitwirkung bei der Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch und in der erneuten Hauptverhandlung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. — Wenn auch alle diese Gesetze geradeso wie die R. M. St. G. O. längst außer Kraft getreten sind, so gilt auch für sie die Bemerkung von Dietz[312] über

[309] R.G.-Blatt 1920 I, S. 962.

[310] R.G.Bl. 1919, S. 1912.

[311] R.G.Bl. 1923 I, S. 724 f.

[312] Dietz, Holtzendorff-Kohler Enzyk. der Rechtsw., Bd. 5, 7. neu bearbeitete Auflage 1914, S. 207 ff.

die R. M. St. G. O., daß sie einen bedeutenden Fortschritt gegenüber der Strafprozeßordnung enthalten. Nachdem alle neueren Gesetze sich gegenüber dem iudex a quo ablehnend verhalten haben, wird sich auch eine künftige Strafprozeßrechtsreform einer Regelung in diesem Sinne nicht mehr länger verschließen können.

VI. Zum Vergleich mag auch die Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens im österr. Recht herangezogen werden. Obwohl die österr. St. P. O. das Datum des 23. Mai 1873 trägt, also 4 Jahre älter als die deutsche St. P. O. ist, ist das ordentliche Wiederaufnahmeverfahren in den §§ 352—361 wesentlich besser ausgestaltet als in der deutschen St. P. O. Die Wiederaufnahmegründe entsprechen im allgemeinen denen in § 359 Z. 1—5 bezw. § 362 Z. 1—4; dagegen unterscheiden sich die Vorschriften über das Verfahren in wesentlichen Punkten von denen unserer St. P. O. Im § 357 österr. St. P. O. ist bestimmt, daß der Wiederaufnahmeantrag zwar bei dem Gericht anzubringen ist, bei welchem die Sache früher anhängig war. Die erforderlichen Ermittlungen entsprechend unserer Vorschrift in § 369 St. P. O. sind jedoch vom Untersuchungsgerichte beim Gerichtshof erster Instanz (unser Untersuchungsrichter am Landgericht) anzustellen. Nach Anhörung des Staatsanwalts bezw. des Privatklägers und des Beschuldigten hat sodann der Gerichtshof erster Instanz (unsere Strafkammer) in einer Besetzung von 4 Berufsrichtern über die Statthaftigkeit des Wiederaufnahmeverfahrens in nicht öffentlicher Sitzung zu entscheiden. Durch den Wiederaufnahmebeschluß wird das frühere Urteil aufgehoben; die Sache tritt durch die Wiederaufnahme in der Regel in den Stand der Voruntersuchung, in der, genau wie in einem neuen Verfahren, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen sind. Für die Versetzung in den Anklagezustand, also für die erneute Hauptverhandlung gelten die allgemeinen Vorschriften, sodaß also auch hier abgesehen von der Bestimmung in § 357 IV in der Regel der iudex a quo die Entscheidung in der neuen Hauptverhandlung trifft. — Die Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch durch die 4 Männerkammer bietet Gewähr für eine gründliche, objektive Prüfung des Falles; dadurch, daß die Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch von der höheren Instanz getroffen wird, wird die Gefahr der Voreingenommenheit grundsätzlich beseitigt. Diese Regelung entspricht der Wichtigkeit des Wie-

deraufnahmeverfahrens viel eher als die Regelung, die die Deutsche St. P. O. getroffen hat. Wenn nämlich die 4 Männerkammer dem Wiederaufnahmegesuch stattgegeben hat und dann noch die erforderlichen Erhebungen in der Voruntersuchung angestellt worden sind, ist der mit der erneuten Hauptverhandlung betraute iudex a quo gezwungen, sich mit den Gründen des Wiederaufnahmegesuches und den Ergebnissen der Voruntersuchung auseinanderzusetzen, sodaß auf alle Fälle eine gründliche Prüfung des ganzen Sachverhalts erreicht wird. Unter diesen Umständen könnte man sich also mit der Mitwirkung des iudex a quo in der erneuten Hauptverhandlung einverstanden erklären, nachdem der iudex a quo wenigstens bei der Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch ausgeschaltet worden ist.

Abgesehen von dieser vorteilhaften Regelung des ordentlichen Wiederaufnahmeverfahrens kennt aber das österr. Recht noch eine Reihe von außerordentlichen Rechtsbehelfen, so vor allem die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes in § 292 St. P. O.,[313] die neben der gewöhnlichen Nichtigkeitsbeschwerde (Revision) dazu bestimmt ist, die Gesetzlichkeit der richterlichen Tätigkeit überhaupt und die Gleichmäßigkeit der Gesetzesanwendung zu erhalten. Diese Nichtigkeitsbeschwerde kann nur vom Generalstaatsanwalt am obersten Gerichtshof eingelegt werden und hat, wenn sie zu Gunsten eines Angeklagten ausgefallen ist, zur Folge, daß der Kassationshof nach seinem Ermessen entweder den Angeklagten freisprechen oder einen milderen Strafsatz anwenden oder die Erneuerung des gegen denselben gepflogenen Verfahrens anordnen kann.

Daneben gibt es noch eine außerordentliche Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 362 St. P. O.,[314] die dem obersten Gerichtshof als Kassationshof die Möglichkeit gibt, zu Gunsten des Verurteilten dann einzuschreiten, wenn erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Urteil zu Grunde gelegten Tatsachen auftauchen. Genau wie im deutschen Recht eine Berufung gegen Schwurgerichtsurteile nicht gewährt wird, ist auch im österr. Recht die Anfechtung der Beweisfrage bei Urteilen der Gerichtshöfe erster Instanz und der Geschworenen-Gerichte ausgeschlossen. Die außerordentliche Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 362 schafft wenigstens für

[313] Gleispach, das österr. Strafverfahren, 2. Aufl. 1924, S. 306.

[314] Gleispach 1924, S. 307—08.

besondere Einzelfälle Abhilfe und bedeutet eine Art Ersatz für die fehlende Berufung; eine entsprechende Vorschrift wäre auch bei den Schwurgerichtsurteilen des deutschen Rechts wünschenswert, da es vielfach als Mangel empfunden wird, daß man sich gerade bei Kapitalverbrechen für die Tatsachenfeststellung mit einer Instanz begnügen soll, während bei weniger wichtigen Straftaten die Möglichkeit der Berufung und der Revision gegeben ist. — Der Kassationshof kann übrigens sofort ein neues Urteil schöpfen, wodurch der Beschuldigte freigesprochen oder ein milderer Strafsatz auf ihn angewendet wird. Dieses abgekürzte Verfahren findet jedoch nur bei Einstimmigkeit und bei Zustimmung des Generalstaatsanwalts statt, sodaß jedenfalls ein Mißbrauch dieses außerordentlichen Rechtsbehelfs ausgeschlossen ist.

Endlich gibt es noch gemäß § 410 St. P. O.[315] eine Berücksichtigung später hervorgekommener mildernder Umstände. § 410 St. P. O. bestimmt: „Wenn nach eingetretener Rechtskraft eines Strafurteils Milderungsgründe hervorkommen, welche z. Zt. der Urteilsfällung noch nicht vorhanden oder doch nicht bekannt waren, und welche zwar nicht die Anwendung eines anderen Strafsatzes, aber doch offenbar eine mildere Bemessung der Strafe herbeigeführt haben würden, so hat der Gerichtshof erster Instanz, sobald er sich von dem Vorhandensein dieser Milderungsgründe überzeugt, einen Antrag auf angemessene Milderung der Strafe an den Gerichtshof zweiter Instanz zu stellen, welcher über den Antrag nach Anhörung des Oberstaatsanwalts entscheidet."

Obwohl im österr. Recht die Gerichtsorganisation in der Strafrechtspflege und das ordentliche Wiederaufnahmeverfahren besser ausgestaltet ist, ist daneben noch eine Ueberfülle von außerordentlichen Rechtsbehelfen gegeben; vielleicht wäre im Interesse der Vereinfachung eine gewisse Einschränkung empfehlenswert. Jedenfalls hat sich aber das System im allgemeinen bewährt, sonst hätte nicht der Regierungsentwurf einer Abänderung der Strafprozeßordnung von 1913[316] alle diese Rechtsbehelfe wieder übernommen. Auch die deutsch-österr. Republik hat trotz ihres Bestrebens, die Strafrechtspflege aus Sparsamkeitsgründen möglichst zu vereinfachen, im Wesent-

[315] Gleispach 1924, S. 308—09.

[316] Beiträge zu den Mitteilungen der J.K.V., Bd. 20 v. 1913.

lichen an der St. P. O. von 1873 festgehalten, insbesondere an den obengenannten außerordentlichen Rechtsbehelfen nichts geändert. Aehnlich wie man auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts eine möglichst enge Angleichung des deutschen und des österr. Rechts erstrebt, wird man, sobald die Reform des materiellen Strafrechts zum Abschluß gekommen ist, an eine entsprechende Reform und Angleichung des Strafprozeßrechts gehen müssen. Dabei wird dann das deutsche Recht mit seinem mangelhaft ausgebauten Wiederaufnahmeverfahren viel aus dem österr. Recht übernehmen können. Während die deutsche Strafrechtswissenschaft auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts die gebende ist, wird sie speziell auf dem Gebiet des Wiederaufnahmeverfahrens die nehmende sein.[317] Jedenfalls ist die Annäherung auf dem Gebiete des Rechts von außerordentlicher Bedeutung für den künftigen staatsrechtlichen Zusammenschluß, der umso eher kommen wird, je mehr auf den einzelnen Gebieten der Verwaltung und der Rechtspflege vorgearbeitet worden ist.

VII. Neue Gesichtspunkte für das Problem des iudex a quo eröffnet uns die Neuorganisation der Strafgerichte auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. 12. 1923. Die Neuorganisation wurde durch die Notverordnung der Reichsregierung vom 4. 1. 1924 durchgeführt; auf Grund des § 43 dieser Verordnung wurde unter dem *22. 3.* 1924 mit Wirkung vom 1. 4. 1924 ab eine Neufassung des G. V. G. und der St. P. O. bekannt gemacht. Die Neuordnung brachte im wesentlichen folgendes:

1. Als Gericht erster Instanz wird der Einzelrichter mit ziemlich weitgehender Kompetenz eingeführt.

2. Auch das Schöffengericht als Gericht erster Instanz wird weiter ausgebaut, dagegen fällt die Strafkammer als Gericht erster Instanz weg, sie wird in Zukunft nur noch als Berufungsinstanz tätig. In der Beseitigung der alten Strafkammer mit ihren 5 bezw. 3 Berufsrichtern ist ein Abbau des Berufsrichtertums und damit verbunden ein Vordringen des Laienelements zu erblicken.

3. Die alten Schwurgerichte mit ihrer getrennten Abstimmung über Schuld- und Straffrage, um die schon jahrzehntelang

[317] Goldschmidt Z. 43, S. 409 ff. Das deutsche u. das österr. Strafverfahren und die Aussichten auf eine Vereinheitlichung.

der Kampf ging, werden abgeschafft und durch große Schöffengerichte mit 3 Richtern und 6 Laien ersetzt, die zwar noch Schwurgerichte benannt, aber außer dem Namen nichts mehr mit den alten Schwurgerichten gemeinsam haben.

4. Die Frage der Berufung, an der 1909 die Reform des Strafprozeßrechts gescheitert ist, wird in der Weise gelöst, daß künftig gegen alle Urteile der Gerichte erster Instanz außer den Schwurgerichten und den obersten Gerichten, die nur in einer Instanz entscheiden, Berufung möglich ist, und für Berufungen gegen Urteile des Einzelrichters und der Schöffengerichte die Strafkammer in einer Besetzung mit einem Richter und 2 Laien bezw. 3 Richtern und 2 Laien zuständig ist.

5. Von besonderer Bedeutung ist noch die Ermächtigung der Staatsanwaltschaft gemäß § 29 Abs. 2 G. V. G. zur Beiziehung eines 2. Richters, wodurch es die Staatsanwaltschaft in der Hand hat, eine Sache in letzter Instanz statt ans O. L. G. ans R. G. zu bringen. Diese Bestimmung ist wohl der bedenklichste Punkt der ganzen Reform; nicht mit Unrecht erblickt man in ihr eine Gefährdung der einheitlichen Rechtssprechung und eine Partikularisierung der Strafrechtspflege, die allerdings durch entsprechende Vorschriften der Justizverwaltungen in ihrer Gefährlichkeit abgeschwächt werden kann.

Gegen diese Neuordnung erhob sich anfänglich auch in sachlicher Beziehung lebhafter Widerspruch. Die Kritik ist aber schon im ersten Geltungsjahr nahezu verstummt, die Angriffe richteten sich nunmehr in erster Linie gegen die Art der Einführung der Reformen, daß nämlich auf dem Weg der Notverordnung derartige grundlegende Neuordnungen angeordnet worden sind. Ein ungefähres Bild der heutigen Einstellung gegenüber der Prozeßrechtsform gibt der Literaturbericht Mezgers[318] vom Jahr 1927, wo es heißt: „Die Urteile über den neuen Strafprozeß lauten im großen Ganzen günstiger, nachdem sich die erste, berechtigte Erregung über die ungewöhnliche Art und Weise grundstürzender Aenderungen unserer Justizgesetzgebung gelegt hat. Man gewinnt den Eindruck, daß sich mit der Neuordnung leben läßt und daß wir manche schätzenswerte Aenderung nicht erreicht hätten, wenn sie dem schwerfälligen Gang der normalen Gesetzgebung vorbehalten worden wäre."

In der reichen Literatur, die über diese Fragen bereits

[318] Mezger Z., Bd. 47, 159 ff.

entstanden ist,[319] ist das Institut der Wiederaufnahme des Verfahrens nur an *2* Stellen gestreift worden. Die Strafrechtsgruppe des deutschen Anwaltsverein[320] verlangt nachdrücklichst eine baldige Abänderung der Bestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren, ohne daß zum Ausdruck gebracht wird, in welcher Beziehung Aenderungen notwendig sind. Baumbach[321] stellt fest, daß bezüglich des Wiederaufnahmeverfahrens keine Neuerungen eingetreten sind, daß aber die einschränkende Vorschrift des § 359 Z. 5 S. *2* infolge der Ausdehnung der einzelrichterlichen und schöffengerichtlichen Zuständigkeit weittragendste Bedeutung erlangt hat, und daß bei Schwurgerichtssachen infolge Offenlegung der Urteilsgründe eine wesentliche Erleichterung bezüglich des Wiederaufnahmeverfahrens eingetreten ist.

Im übrigen ist festzustellen, daß fast die gesamte Strafrechtswissenschaft z. Zt. mit der Reform des materiellen Strafrechts beschäftigt ist und für die Reform des Strafprozeßrechts vorläufig keine Zeit findet. In den Abhandlungen zur Novelle von 1924 werden in der Regel nur die großen Fragen der Gerichtsorganisation besprochen, auf Nebengebiete wie die Einrichtung des Wiederaufnahmeverfahrens ist man auch hier noch nicht zu sprechen gekommen. Daß übrigens im Anschluß an die Reform des materiellen Strafrechts noch weitere Reformen auf dem Gebiete der Strafrechtspflege zu erwarten sind, beweist der Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, der bereits dem letzten Reichstag zugegangen ist. Wie vielfach angedeutet, wird die Reform des Strafprozeßrechts das Schlußstück der großen Reformen auf dem Gebiete der Strafrechtspflege darstellen; bei dieser Reform wird dann auch auf die Einrichtung des Wiederaufnahmeverfahrens, die, wie all-

[319] Ablehnend Oetker G.S. 90, S. 341 u. Nagler G.S. 90, S. 398 von 1924; Drucker Jur.Wo. 53, S. 241, Graf v. Pestalozzi, Jur.Wo 53, S. 286; deutscher Anwaltstag von 1924 in Jur.Wo., Bd. 53, S. 1653; teilweise ablehnend Deutsche Strafrechtliche Gesellschaft, G.S. 91, 323; Berliner Anwaltsverein von 1924 in Jur.Wo., Bd. 53, S. 1655, Alsberg Jur.Wo. 54, S. 888. Anerkennend: Goldschmidt Z. 43, S. 409; Lobe D.J.Z., Bd. 29, S. 81; von Staff D.R.Z., Bd. 16, S. 34, deutscher Juristentag 1924 in Jur.-Wo. 53, S. 1653; preuss. Richterverein Jur.Wo. 53, S. 1661 bezw. 54, S. 1468, Kronecker Z 45, S. 421, Hartung Jur.Wo. 54, S. 884, Hartung Jur.Wo. 55, S. 1100; Mammroth D.J.Z. 1927, Heft I, S. 49; zusammenfassende Literaturübersicht in Jur. Wo., Bd. 54, S. 1064.

[320] Jur.Wo. von 1924, Bd. 53, S. 1653.

[321] D.J.Z. von 1924, Bd. 29, S. 89.

gemein anerkannt, einer grundlegenden Aenderung bedarf, eingegangen werden müssen; dabei wird das Problem des iudex a quo eine der Hauptfragen sein und diesmal hoffentlich in ablehnendem Sinn geregelt werden.

Für eine derartige Ablehnung sprechen besonders 2 Gesichtspunkte, die mit der Novelle 1924 im Zusammenhang stehen. Das eine ist die Unvereinbarkeit des Einzelrichtertums mit dem iudex a quo, das andere der Wegfall des Hauptgrundes für Beibehaltung des iudex a quo infolge Abschaffung der alten Schwurgerichte.

a) Das Schwergewicht der Strafrechtspflege erster Instanz liegt heute beim Einzelrichter, der über sämtliche Uebertretungen, über die Mehrzahl der Vergehen und sogar über Rückfallsverbrechen zu entscheiden hat. Wenn es sich bei Straftaten, die vor den Einzelrichter kommen, auch nicht um besonders wichtige Delikte handelt, so muß dennoch eine Wiederaufnahme des Verfahrens auch bei diesen weniger wichtigen Delikten mit der gleichen Sorgfalt behandelt werden wie bei Straftaten, die vor den Schwurgerichten zur Aburteilung gelangen.

Ueber das Wiederaufnahmegesuch in einer Einzelrichtersache hat nach geltendem Recht wieder derselbe Einzelrichter zu entscheiden. Auch in Schöffengerichtssachen entscheidet gemäß G. V. G. § 30 II der Amtsrichter allein, weil zu Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung Laien nicht beigezogen werden. Während schon bei demselben Kollegium die Gefahr der Befangenheit nicht ganz von der Hand zu weisen ist, ist diese Gefahr beim Einzelrichter noch viel größer. Er vermag im Drang der Geschäfte Fälle von Rechthaberei und Querulantentum nicht so leicht von ernsten Fällen zu unterscheiden. Er allein wird sein Urteil, besonders als junger Richter, wie er vielfach als Einzelrichter verwendet wird, nur mit Widerwillen umstoßen. Man kann ihm daraus nicht einmal einen besonderen Vorwurf machen,weil seine Abneigung gegen das Wiederaufnahmeverfahren, wie schon oben angedeutet, meist rein gefühlsmäßiger Art ist, ohne daß man an seinem guten Willen Zweifel zu hegen braucht.

Da der Einzelrichter auch in der kommenden St. P. O. beibehalten werden wird, vielleicht unter einer gewissen Einschränkung seiner Zuständigkeit, ist also in erster Linie zu fordern, daß der Einzelrichter von der Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch ausgeschlossen sein muß. Eine andere

Frage ist die, ob der Einzelrichter auch von der Entscheidung in der erneuerten Hauptverhandlung ausgeschlossen sein soll. Wenn über das Wiederaufnahmegesuch ähnlich wie im österr. Recht von einer höheren Instanz entschieden wird und die Sache mit entsprechender Begründung dem früheren Gericht zur erneuten Hauptverhandlung unterbreitet wird, ist ja, wie bereits oben angedeutet, die Gefahr der Voreingenommenheit des Richters nicht mehr so groß. Jedenfalls wäre aber ein Ausschluß des Einzelrichters auch in der erneuten Hauptverhandlung empfehlenswert, während ein Ausschluß des erstinstanzlichen Kollegialgerichts nicht erforderlich erscheint.

In diesem Zusammenhang ist auch schon geprüft worden, ob nicht ein anderer Einzelrichter an demselben Amtsgericht mit der Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch und der Entscheidung in der erneuten Hauptverhandlung beauftragt werden soll. Auch dieser Vorschlag wird abzulehnen sein,[322] weil zum mindesten an kleinen Amtsgerichten der Amtsrichter desselben Gerichts zu viel kollegiale Rücksichten zu nehmen hat.

b) Die Novelle 1924 hat auch die Abschaffung der alten Schwurgerichte gebracht; damit ist ein weiterer Hauptgrund für die Beibehaltung des iudex a quo weggefallen. Das Wiederaufnahmeverfahren hat nämlich gegenüber Urteilen der alten Schwurgerichte fast vollständig versagt, weil es infolge der fehlenden Begründung der Geschworenensprüche für eine Wiederaufnahme des Verfahrens „an jeder festen Grundlage" fehlte.[323] Gelegentlich eines Antrags auf Ausschluß der Mitwirkung des iudex a quo ist deshalb auch in diesem Zusammenhang betont worden,[324] „daß die Annahme dieses Antrags das Wiederaufnahmeverfahren für die schwersten Fälle praktisch undurchführbar mache". Bei Fehlen der Gründe für den Schuldigspruch ist ja eine sachliche Entscheidung über ein Wiederaufnahmegesuch nur dann möglich, wenn ein Richter, der am früheren Urteil mitgewirkt hat, sich an den Tatbestand, der der früheren Entscheidung zu Grunde lag, sowie an seine rechtliche Beurteilung in der früheren Verhandlung noch einigermaßen erinnert. Es wäre deshalb widersinnig gewesen, den iudex a quo von der Mitwirkung beim Wiederaufnahmeverfahren gegen

[322] Anderer Ansicht Winkler § 358 III in G.S. 78, S. 331 ff.

[323] Winkler G.S. 78, S. 382.

[324] Kommissionsbericht, S. 529.

Schwurgerichtsurteile auszuschließen, weil seine Mitwirkung ein Wiederaufnahmeverfahren ja erst möglich gemacht hat.

Weil man schon von Anfang an davon überzeugt war, daß das Wiederaufnahmeverfahren gerade gegenüber Schwurgerichtsurteilen von besonderer Wichtigkeit ist, und weil eine liberale Handhabung der Wiederaufnahme bei den vielen Fehlsprüchen der Schwurgerichte besonders notwendig erschien, suchte man auf verschiedene Weise Abhilfe zu schaffen. Nachdem an eine Beseitigung der alten Schwurgerichte zunächst nicht zu denken war, forderte man, „daß der Spruch der Geschworenen mit kurz und prägnant zu fassenden Gründen zu versehen sei".[325] Dabei war man verschiedener Ansicht darüber, ob die Geschworenen allein zur Abfassung der Begründung imstande seien oder ob die Mitwirkung eines juristischen Beistands bei der Beratung und Formulierung der Gründe notwendig sei, weshalb entsprechende Vorschläge gemacht worden sind.[326]

Die Novelle 1924 hat überraschenderweise die alten Schwurgerichte beseitigt. Die Urteile der neuen Schwurgerichte werden nunmehr genau so mit Gründen versehen, wie jedes andere Urteil eines Strafgerichts. Obwohl es an Anträgen auf Wiedereinführung der alten Schwurgerichte nicht gefehlt hat,[327] ist in absehbarer Zeit an eine Aenderung nicht zu denken, weil sich die neuen Schwurgerichte, abgesehen von der fehlenden Berufungsmöglichkeit, im allgemeinen als gut bewährt haben. Mit der Beseitigung der alten Schwurgerichte ist nun auch, wie bereits oben ausgeführt, ein Hauptgrund für die Beibehaltung des iudex a quo hinfällig geworden. Unter diesen Umständen darf man vor dem letzten Schritt, vor der Beseitigung des iudex a quo wenigstens bezüglich seiner Mitwirkung bei der Entscheidung über das Wiederaufnahmegesuch nicht mehr zurückschrecken.

VIII. Unter Berücksichtigung aller dieser Gesichtspunkte, besonders im Hinblick auf die entsprechende Regelung im österr. Recht und auf die Neuorganisation der Strafgerichte durch die Novelle 1924 lassen sich abschliessend etwa folgende Reformvorschläge aufstellen:

---

[325] Winkler G.S. 78, S. 384.

[326] Winkler G.S. 78, S. 385, Literaturhinweise über diese Frage, S. 385, N. 2.

[327] Jur.Wo, Bd. 54, S. 1256, Rosenfeld, Reichstagsberatung zur Aufhebung der Verordnung vom 4. 1. 1924.

1. Ueber das Wiederaufnahmegesuch hat bei Einzelrichter- und Schöffengerichtssachen die Strafkammer, bei Schwurgerichtssachen und bei Sachen, für die das Oberlandesgericht bezw. das Reichsgericht in erster Instanz zuständig ist, ein besonderes Kollegium zu entscheiden. Dasselbe gilt für Wiederaufnahmegesuche gegenüber Berufungs- bezw. Revisionsurteilen. In dem Kollegium darf jedenfalls ein Richter, der bei dem früheren Urteil mitgewirkt hat, nicht mitwirken.

2. In der erneuten Hauptverhandlung entscheidet grundsätzlich das ordnungsmäßig zuständige Gericht, gleichgültig ob es auch das frühere Urteil gefällt hat.

3. In besonderen Fällen, in denen die Gefahr der Befangenheit naheliegt, ist die Möglichkeit der Verweisung der Sache zur erneuten Hauptverhandlung vor ein Gericht gleicher Ordnung in Form einer Kannvorschrift gesetzlich vorzusehen.

Wenn auch das Sondergebiet des Wiederaufnahmeverfahrens nicht vorweg behandelt werden, sondern nur im Zusammenhang mit der allgemeinen Strafprozeßrechtsform neu geregelt werden wird, so ist jedenfalls eine baldige Inangriffnahme dieses Reformwerks dringend notwendig. Unter dem Titel „Rechtsreformen im kommenden Reichstag" nennt Alwin Sänger[328] speziell die Neuregelung des Wiederaufnahmeverfahrens als eine der besonders dringlichen Aufgaben. Die Häufigkeit der aufsehenerregenden Wiederaufnahmefälle, die in allerletzter Zeit die Oeffentlichkeit beschäftigt haben und noch beschäftigen (Fall Hölz, Fall Jakubowsky) ist ein Indiz dafür, daß die bisherige Regelung in verschiedener Hinsicht reformbedürftig ist. Unter diesen Umständen ist es empfehlenswert, daß die betreffenden staatlichen Stellen sich selbsttätig ans Werk machen und nicht erst, wie bei der Reform der Untersuchungshaft, durch offen zutage getretene Mißstände zur Ausarbeitung entsprechender Reformvorschläge gezwungen werden müssen. Der Hinweis darauf, daß die bisherige Regelung des Wiederaufnahmeverfahrens für die Strafrechtspflege einerseits erhebliche Gefahren in sich birgt, daß andererseits der staatlichen Betätigung auf diesem Gebiet ein dankbares Feld offen steht, sollte genügen, daß das Reformwerk mit Nachdruck in Angriff genommen und mit Beharrlichkeit zu einem guten Ende gebracht wird.

[328] Sänger, Sozialistische Monatshefte, 34. Jahrgang, Bd. 66, 5. Heft vom Mai 1928.

LITERATUR-ÜBERSICHT

1. Literatur aus dem gemeinen deutschen Strafprozeß.

Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren in seiner Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Partikulargesetzbücher, II. Bd. von 1846, § 205 S. 632—637.

Arnold: Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens. Gerichtssaal Bd. I, 3. Jahrgang von 1851.

Schwarze: Von der Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach erteiltem Erkenntnisse. Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge, Jahrgang 1851, S. 554—588.

Walther: Die Rechtsmittel im Strafverfahren nach den Grundsätzen des engl.-franz. Prozessrechts, II. Bd. von 1853, S. 122 ff.

Planck: Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozessordnungen seit 1848. 1857.

Goltdammer: Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu Gunsten des Verurteilten. Archiv für preuss. Strafrecht, Bd. 6 von 1858, S. 659 ff.

Remeis: Die Wiederaufnahme im Strafverfahren. Erlangen 1864.

Zachariä: Handbuch des deutschen Strafprozesses. II. Bd. von 1868, S. 653 ff.

2. Lehrbücher und Grundrisse zum deutschen Strafprozeßrecht nach 1877.

Schwarze: Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozessrechts, Bd. 2 von 1879, S. 325 ff.

Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrechts 1880, S. 836—852.

v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. 1892, S. 701—717.

Ullmann: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. 1893, S. 626 ff.

Bennecke: Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts. 1895, S. 772—788.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts. 1900, S. 597—610.

Binding: Grundriss des deutschen Strafprozessrechts. 1904, S. 243—246, S. 282—291.

Rosenfeld: Der Reichsstrafprozess. 1912, S. 265 ff.

v. Lilienthal: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. Strafprozess, Bd. 21 von 1923.

Gleispach: Das Oesterreichische Strafverfahren, 2. Aufl. 1924.

Dohna: Das Strafprozessrecht. 2. neu bearb. Aufl. 1925.

Gerland: Der deutsche Strafprozess. 1927, S. 291 ff.

3. Monographien und Abhandlungen.

Alsberg: Justizirrtum und Wiederaufnahme. Enzyklopädie der modernen Kriminalistik Bd. 10. 1913.

Beling: Informativprozesse. Festschrift für die jurist. Fakultät in Giessen. 1907, S. 313 ff.

Binding: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. 2. Bd. 1915, S. 337—344.

Dietz: Zur Wiederaufnahme des Verfahrens. Recht Bd. 19 1915, S. 630.

Eckstein: Wiederaufnahme des Strafverfahrens wegen Anwendbarkeit eines milderen Strafgesetzes. G.S. Bd. 85 von 1917, S. 107.

Glaser: Der Verbrauch der Strafklage nach deutschem Strafprozessrecht. Grünhuts Zeitschr. Bd. 12, 1885, S. 303.

Hellwig: Justizirrtümer. 1914.

Holtzendorff-Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. 5. Bd., 7. bezw. 2. neu bearb. Auflage von 1914. Abhandlungen von Beling S. 196 und Dietz S. 207.

Kriegsmann: Die Nichtigkeit der Strafurteile. Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Hänel S. 451 ff. 1907.

v. Kries: Die Rechtsmittel des Zivil- und Strafprozesses nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze. 1880, S. 411—465.

Kroschel: Die sog. absolute Nichtigkeit der Strafurteile. G.S. Bd. 69, 1906, S. 137 ff.

Liepmann: Bd. IV der vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts. S. 367 ff. 1906.

Löffler: Ueber unheilbare Nichtigkeit im österr. Strafverfahren. Grünhuts Zeitschrift Bd. 31, S. 495 ff. 1904.

Merkel: Die Rechtskraft des Strafbefehls und die Erneuerung des Strafverfahrens in derselben Sache. Z. Bd. 35, 1911, S. 553. ff.

Neumann: Ueber die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens bei rechtskräftigem Strafbefehl. G.A. Bd. 72, 1928, S. 180—184.

Rosenblatt: Res iudicata und Justizirrtum. Z. Bd. 23 1903, S. 580 ff.

Rosenblatt: Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im Entwurf der neuen Strafprozessordnung. Z. Bd. 29, 1910, S. 485.

Schanze: Die Rechtskraft des Strafurteils. Z. Bd. 4, 1884, S. 437 ff.

Schoetensack: Ueber Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklagen nach der deutschen Z.P.O. Festschrift für Hugo v. Burckhardt, 1910, S. 249—288.

Schoetensack: Zur Urteilssystematik des Zivil- und Strafprozesses. Rechtsgang Bd. 3, 1922, S. 2 ff.

Sello: Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen, 1911.

Winkler: Zur Reform des Wiederaufnahmeverfahrens im Strafprozess. Gegenentwurf mit Begründung. G.S. 78, 1911, S. 331—386.

4. Dissertationen.

Barbarino: Die Rechtskraft des Strafurteils und ihre Wirkungen. Erlanger Diss., 1902.

Gebser, Friedrich: Ueber die Wirkungen der Freisprechung im wiederaufgenommenen Strafverfahren. Tübinger Diss., 1902.

Herkerath: Die Wiederaufnahme des Verfahrens in der St.P.O., der M.St.G.O. und den Disziplinargesetzen. Erlanger Diss., 1909.

Knapp, Theodor: Die Beseitigung einer ungerechtfertigten Verurteilung nach dem Tode des Verurteilten. Tübinger Diss., 1912.

Ewald, Rudolf: Die Wiederaufnahme im Strafverfahren in dogmatischer Darstellung. Tübinger Diss., 1925.

5. Kommentare.

Puchelt: Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 1881.

Stenglein: Strafprozessordnung für das Deutsche Reich. 3. neu bearb. Auflage 1898.

Wörmann, Franz: Das Wiederaufnahmeverfahren und die Entschädigung unschuldig Verurteilter. 1899.

Ehrenreich: Oesterreich. Gesetzeskunde. 2. Bd. Strafrecht von 1911.

Koppmann: Kommentar zur R.M.St.G.O. vom 1. 12. 1898.

Stenglein: Kommentar zur R.M.St.G.O. vom 1. 12. 1898.

Löwe-Rosenberg: Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich. 17. neu bearb. Auflage 1927.

6. Gesetze und Entwürfe.

Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich vom 1. 2. 1877. In der Fassung der Bekanntmachung vom 22. 3. 1924, gültig seit 1. 4. 1924.

Das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877. In der Fassung der Bekanntmachung vom 22. 3. 1924, gültig seit 1. 4. 1924.

Gesetz betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. 5. 1898.

Reichsmilitärstrafgerichtsordnung vom 1. 12. 1898.

Oesterr. Strafprozessordnung vom 23. 5. 1873.

Entwürfe I u. II einer St.P.O., amtliche Ausgabe 1873.

Entwurf III einer St.P.O. nebst Motiven. Hahn's gesamte Materialien der Reichsjustizgesetze. 1880.

Protokolle der Justizkommission des deutschen Reichstags I u. II. Berlin 1876.

Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses I u. II. Berlin 1905.

Entwurf einer St.P.O. und Novelle zum G.V.G. nebst Begründung, abgedruckt in Jur.Wo., Bd. 13 von 1908. Sonderbeilage.

Entwurf eines Gesetzes zur Aenderung des G.V.G. und Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung. Amtliche Ausgabe Berlin 1920.

Abkürzungen.

G.A. = Goltdammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozess.
G.S. = Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozess.
Z. = Zeitschrift für die gesamte Straftrechtswissenschaft..
D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
D.R.Z. = Deutsche Richterzeitung.
Jur.Wo. = Juristische Wochenschrift.

Bemerkung: Im Literatur-Verzeichnis sind nur die wiederholt in der Arbeit genannten Schriftsteller aufgenommen; die nur einmal genannten Schriftsteller sind unter genauer Stellenangabe jeweils in den Fussnoten zitiert.